

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ANA CAROLINA JACON

**O PAPEL DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO SISTEMA
MULTIPORTAS BRASILEIRO**

CURITIBA

2017

ANA CAROLINA JACON

**O PAPEL DA AUTOCOMPOSIÇÃO DE CONFLITOS NO SISTEMA
MULTIPORTAS BRASILEIRO**

Monografia apresentada como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharela em Direito, Curso
de Direito, Setor de Ciências Jurídicas,
Universidade Federal do Paraná.

Prof. Dr. Elton Venturi

CURITIBA

2017

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Iara e Ernani, por todo amor, suporte e orientação nesta caminhada. Aos meus irmãos, Alexandre e Isadora, pela paciência e compreensão. Aos demais familiares por todo o incentivo que me deram para chegar até aqui.

À Vinicius Henrique, pelo companheirismo e encorajamento ao longo de todos esses anos.

Ao professor Elton, pelas brilhantes e instigantes aulas de processo civil e pela orientação neste trabalho.

À todos os demais mestres, por acreditarem na arte de ensinar.

Aos meus amigos, pelos momentos de descontração e risadas e também pelos momentos de incentivo e força.

Enfim, agradeço a todos que contribuíram nesse processo de aprendizagem e crescimento pessoal. Obrigada!

RESUMO

O acesso à justiça é um direito constitucional instrumental, que se reflete em uma tutela jurisdicional tempestiva, efetiva e adequada. Durante muito tempo, a materialização desse direito ficou resguardada apenas ao Poder Judiciário. Contudo, sua atuação acabou se tornando ineficiente diante do aumento da litigiosidade e da constante cobrança de metas quantitativas. O direito processual, nesse contexto, sofreu sensíveis alterações e reestruturações, na busca por melhorias. Desde 2010, com a resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça, já há uma preocupação com a necessidade de oferecer tratamento adequado aos conflitos. Mas, é só com o CPC/15, que se inspirou no sistema multiportas, modelo de justiça norte-americano que se propõe a instrumentalizar outros meios de resolução de conflitos dentro do próprio tribunal, que essa pretensão começa a se efetivar. Desde então, outros mecanismos de resolução de conflitos ganharam grande visibilidade, especialmente a mediação, o que culminou na edição da Lei nº 13.140/15. Assim, o escopo desse trabalho é analisar as especificidades de cada um desses instrumentos, suas diferenças e semelhanças, seus alcances e limites, na busca pela oxigenação do Poder Judiciário e pelo oferecimento de uma tutela adequada.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Autocomposição. Novo Código de Processo Civil. Lei de Mediação. Conflitos.

ABSTRACT

Access to justice is an instrumental constitutional right, which is reflected in timely, effective and appropriate judicial protection. For a long time, the materialisation of this right was protected only by the Judiciary. However, its performance ended up becoming inefficient faced with increased litigation and the constant collection of quantitative targets. The procedural law, in this context, has tried sensible changes and restructurings, in the search for improvements. Since 2010, with Resolution No. 125 of the National Council of Justice, there is already a concern about the need to provide adequate treatment to conflicts. But, it is only with CPC/15, that was inspired on the multiport system, an American justice model that proposes to use other means of conflict resolution inside the courts, that this pretension begins to be effective. Since then, other alternative dispute resolution have gained great visibility, especially mediation, which culminated in the publication of Law 13.140/15. Thus, the scope of this work is to analyze the specificities of each of these instruments, their differences and similarities, their reach and limits, in the quest for Judiciary's oxygenation and adequate tutelage.

Keywords: Access to Justice. Autocomposition. New Civil Procedure Code. Mediation Law. Conflicts.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	6
2. O COMPROMISSO CONSTITUCIONAL DE SOLUÇÃO PACÍFICA DAS CONTROVÉRSIAS	9
2.1 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA	9
2.1.1 Do paradigma liberal ao paradigma social	11
2.1.2 Desenvolvimento da noção de acesso à justiça	13
2.2 FUNDAMENTOS DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA	15
2.2.1 O direito à razoável duração do processo	15
2.2.2 O direito à tutela efetiva	18
2.2.3 O direito à tutela adequada	19
3. COLAPSO DO MODELO BRASILEIRO: CULTURA DA SENTENÇA	21
3.1 A CRISE: MÚLTIPLOS FATORES	21
3.2 REFLEXOS E OBSTÁCULOS À JUSTIÇA	24
4. SISTEMA MULTIPORTAS	29
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	29
4.2 O DESENVOLVIMENTO NOS EUA	32
4.3 INSTITUCIONALIZAÇÃO NO BRASIL	36
4.3.1 O CPC/2015	41
5. AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS	48
5.1 BREVES APONTAMENTOS	48
5.2 RENÚNCIA	50
5.3 SUBMISSÃO	52
5.4 TRANSAÇÃO	52
5.4.1 Transação judicial e extrajudicial de direitos indisponíveis	53
5.5 NEGOCIAÇÃO	55
5.6 CONCILIAÇÃO	57
5.7 MEDIAÇÃO	58
5.7.1 Diferenças entre conciliação e mediação	61
5.7.2 Princípios informadores da mediação	65
5.7.3 Lei de mediação de conflitos	68
6. CONCLUSÃO	74
REFERÊNCIAS	77

1. INTRODUÇÃO

O processo histórico de evolução da sociedade contribuiu para o aperfeiçoamento dos meios de resolução de conflitos. De início, a autotutela¹ e a autocomposição² eram os principais métodos empregados na busca pela pacificação social. Até que o Estado assume para si, em razão do fortalecimento de seu papel, a função de solucionar os conflitos, por meio do exercício da jurisdição³. Essa mudança acarretou grande concentração de tarefas e poderes no Judiciário brasileiro, que acabou tornando essa função quase que sua exclusividade.

A autotutela e a autocomposição não foram extintas de nosso ordenamento jurídico, mas foram durante muito tempo relegadas à um papel secundário, sendo por vezes até mesmo rotuladas como *“justiça de segunda classe”* ou *“instrumentos primitivos”* de resolução de conflitos.

O advento da Constituição de 1988 e a funcionalização e constitucionalização do processo civil tornaram o papel do Judiciário ainda mais importante. O artigo 5º, inciso XXXV, da CF/88⁴, atribuiu a ele, a tarefa de garantir a efetiva prestação da tutela jurisdicional, ou seja, promover amplo acesso à justiça e garantir que a tutela jurisdicional seja justa.

Todavia, a primazia da adjudicação vem se mostrando incapaz de atender as demandas sociais. O processo judicial tende a ser custoso, demorado e ineficaz. Deixa de analisar fatores subjacentes ao conflito e não se preocupa com as relações

¹ A autotutela surgiu de uma necessidade de satisfação de uma pretensão em uma sociedade, quando ainda não se podia falar em Estado ou mesmo leis. Assim, para que alguém fizesse valer sua vontade deveria prevalecer-se por sua força. Trata-se da imposição de um interesse sobre sacrifício de outro. DINAMARCO e CINTRA dizem que: *“encarando-a do ponto de vista da cultura do século XX, é fácil ver como era precária e aleatória, pois não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, mais astuto ou mais ousado sobre o mais fraco ou mais tímido”*. GRINOVER, Ada Pellegrini; DE ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Malheiros Ed., 2001, p. 27.

² Havia também nessas sociedades, e ainda hoje, a autocomposição. Nela ambas as partes, ou apenas uma delas decidiam, entre si, abrir mão de parte de suas pretensões. Dinamarco e Cintra ressaltam que a autocomposição servia apenas para declarar a existência ou não de um direito, já que o seu cumprimento dependia da autotutela. Ibidem, p. 28.

³ *“Nela Jurisdição, os juízes agem em substituição às partes, que não podem fazer justiça com as próprias mãos (vedada a autodefesa); à elas que não mais podem agir, resta a possibilidade de fazer agir, provocando o exercício da função jurisdicional”*. Ibidem, p. 29.

⁴ **Art. 5º, CF/88:** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

interpessoais. Ademais, a cobrança, cada vez maior, pelo atingimento de metas e redução dos números astronômicos, que são revelados anualmente pelo CNJ, torna o processo judicial mecanizado e apegado às formalidades. Assim, em que pese, o Judiciário continue prestando tutela aos jurisdicionados, essa não alcança seus principais objetivos.

Dessa forma, a conjugação de um momento de crise com as mudanças advindas da entrada em vigor do novo Código de Processo Civil e da lei de mediação (Lei nº 13.140/2015) dão relevo, no atual cenário brasileiro, ao tema do acesso à justiça e da jurisdição multiportas.

A realidade do nosso sistema de justiça pede mais que meras reformas processuais e legislativas. É preciso pensar, portanto, em instrumentos democráticos, que ampliem a participação da população, através do exercício de sua cidadania, no processo construtivo de resolução de conflitos. O intento é dar tratamento adequado aos conflitos.

O capítulo um deste trabalho abordará os principais aspectos referentes ao direito constitucional de acesso à justiça, perpassando desde seu enfoque legislativo até seu desenvolvimento histórico e conceitual. Ainda, traçaremos seus pilares de sustentação, sob o prisma dos direitos à duração razoável, efetividade da tutela e adequação.

O capítulo dois dará ênfase a alguns dos principais fatores que levaram à crise do sistema judicial brasileiro e à perda de espaço do Judiciário para outros meios de resolução de conflitos. Além disso, apontará a primazia da adjudicação como obstáculo cultural a ser superado, a fim de conferir efetividade à justiça multiportas.

O capítulo três abordará a criação e desenvolvimento do modelo multiportas nos Estados Unidos e a possibilidade de sua institucionalização no Brasil, bem como suas vantagens e desvantagens, à luz das mudanças trazidas pelo novo Código de Processo Civil e pela Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça.

Por fim, o último capítulo irá tratar, especificamente, de cada um dos meios autocompositivos de resolução de conflitos, especialmente da renúncia, submissão, transação, negociação, conciliação e mediação, retratando seus alcances e suas

limitações, a fim de estabelecer parâmetros mínimos à escolha dos instrumentos disponíveis, na tentativa de alcançar a almejada ordem jurídica justa. Além disso, traçará um paralelo entre a conciliação e a mediação e analisará os principais artigos de Lei nº 13.140/2015.

2. O COMPROMISSO CONSTITUCIONAL DE SOLUÇÃO PACÍFICA DAS CONTROVÉRSIAS

2.1 O DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

A Constituição Federal de 1988 assegura a todos a inafastabilidade da tutela jurisdicional, em seu art. 5º, XXXV, e se propõe a assegurar a pacificação social em seu preâmbulo⁵. Portanto, da interpretação desses dois dispositivos extrai-se a garantia constitucional do acesso à justiça, corolário do Estado Democrático de Direito.

O acesso à justiça é tão fundamental nos ordenamentos jurídicos modernos que Mauro Cappelletti afirma ser esse direito o mais básico dos direitos humanos, pois é por meio dele que os demais direitos se tornam efetivos⁶.

Destaque-se que inafastabilidade não significa impossibilidade de resolver os conflitos por outras vias. O que a Constituição pretende é garantir ao menos que o Judiciário, quando provocado, atue. Mas, isso não retira a legitimidade de se acionar outros meios de solução consensual de conflitos.

Iluminado pelos dispositivos constitucionais, o novo Código de Processo Civil também incorporou o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional e do acesso à justiça, em seu artigo 3º, assim como reconheceu a importância da solução consensual de conflitos no §2º do mesmo artigo.

Ao lado a Constituição, o CPC é também importante instrumento de direção na busca pelo efetivo acesso à justiça e de promoção de paridade entre as partes, apesar de ainda estar fundado em uma estrutura de visão individualista dos direitos e mesmo do processo.

⁵ **Preâmbulo da CF/88:** Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

⁶ CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988, p. 13.

No entanto, esse compromisso legislativo com uma tutela justa e adequada não se resume a esfera interna do direito brasileiro. A legislação internacional igualmente reflete essa preocupação e consagra o direito de acesso à justiça e seus consectários, como a isonomia, a imparcialidade e a duração razoável.

São exemplos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 10 assegura a todos ~~em~~ ^{em} plena igualdade, uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele+e o Pacto de San José da Costa Rica, que em seu artigo 8º, I, prevê:

Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Contudo, como se verá adiante, esse direito sofre violações constantes. Mauro Cappelletti realizou um dedicado estudo sobre o tema e chegou à conclusão que dentre os principais obstáculos a serem transpostos, a fim de que materialmente esse direito se perfaça, estão, por exemplo, as custas judiciais (que em geral são muito caras, principalmente no sistema que impõe ao vencido o ônus da sucumbência e nas pequenas causas, já que por vezes, os custos das causas excedem os valores a serem recebidos pela parte), as possibilidades das partes (seja porque aqueles que possuem mais recursos tem mais vantagens sobre os demais, seja pela falta de informação e aptidão para reconhecer um direito) e pelos problemas decorrentes de uma tutela de direitos difusos (que é pouco incentivada)⁷.

Também Cândido Rangel Dinamarco visualiza que existem entraves ao acesso à justiça que acarretam insatisfações pessoais, sociais e até mesmo resultados negativos ao Estado. Segundo o autor,

As tradicionais limitações ao ingresso na Justiça, jurídicas ou de fato (econômicas, sociais) são óbices graves à consecução dos objetivos processuais e, do ponto de vista da potencial clientela do Poder Judiciário, constituem para cada qual um fator de decepções em face de esperanças frustradas e insatisfações que se perpetuam; para a sociedade, elas impedem a realização de práticas pacificadoras destinadas ao estabelecimento de clima harmonioso entre seus membros; para o Estado,

⁷ Ibidem, p. 15-28.

é fator de desgaste de sua própria legitimidade e da dos seus institutos e do seu ordenamento jurídico⁸.

O direito de acesso à justiça sempre foi muito custoso ao processo civil. Na busca pelo aperfeiçoamento do modelo de justiça brasileiro e, na medida do possível, da superação desses obstáculos, o que se propõe é a atuação conjunta e harmoniosa entre as vias tradicionais e os chamados mecanismos alternativos de resolução de disputas.

2.1.1 Do paradigma liberal ao paradigma social

A definição de acesso à justiça não é estática, nem rígida e foi modelada historicamente aos poucos. Dois fenômenos contribuíram nessa construção: de um lado, as mudanças no modelo de Estado vigente e, de outro, segundo Cappelletti, as mudanças sofridas pelo processo civil⁹.

Com o advento do Estado Social e, mais especificamente no Brasil, com a Constituição de 1988, o papel do Estado passou a ser ativo. A ele confere-se a proteção e realização dos direitos fundamentais no plano material.

O direito de acesso à justiça, a partir desse momento, passa a ser então promovido pelo Estado, através de uma tutela adequada, efetiva e tempestiva. E passa a ganhar relevo constitucional, pois se percebeu que armar os cidadãos com diversos direitos fundamentais individuais e sociais não faria sentido, sem que para isso houvesse um direito capaz de possibilitar a defesa e reivindicação desses demais direitos.

Contudo, essa ideia de promoção de direitos através do Estado nem sempre esteve presente. Durante o Estado Liberal, os princípios de regência do sistema eram o individualismo e o patrimonialismo. Assim, o direito de acesso à justiça, nesse contexto, não poderia ser encarado de outra forma, senão como mero direito formal de ação. Ao Estado recaía, apenas, a tarefa passiva de positivizar esse direito no ordenamento.

Conforme Mauro Cappelletti: %a teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um %direito natural+, os direitos naturais não necessitavam de

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987, p. 391.

⁹ Op. cit., p. 9.

uma ação do Estado para sua proteção¹⁰. É óbvio que no plano material isso não trouxe grandes repercussões e não assegurou o efetivo acesso à justiça.

Para além dessas importantes mudanças políticas, houve também uma relevante mudança jurídica que fortaleceu o direito de acesso à justiça, enquanto direito fundamental. Foi a transformação no papel do processo civil.

O processo, enquanto instrumento¹¹ de garantia de direitos, precisa atender a uma função social de promoção de justiça, nos termos do artigo 8º do CPC/15¹², e de pacificação social e, precisa ainda, estar aberto às novas formas de resolução de conflitos e aos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em termos gerais, o processo civil deve estar em sintonia com os preceitos constitucionais da igualdade, da economia processual, do devido processo legal¹³, da ampla defesa e do contraditório.

Contudo, na opinião de Cândido Rangel Dinamarco o processo deve se colocar em seu lugar de instrumento e não deve querer ir além de suas funções, pois o processo é *instrumento* cheio de dignidade e autonomia científica, mas nada mais do que instrumento¹⁴.

¹⁰ Ibidem, p. 9.

¹¹ O processo civil hoje é instrumento de promoção de justiça e de realização de direitos. Cândido Rangel Dinamarco escreve sobre essa instrumentalidade do processo a partir de um viés negativo (e, outro positivo, que se revela na efetividade do processo, como se verá adiante). Nas palavras do autor: *“do lado negativo da instrumentalidade já é uma conquista metodológica da atualidade, uma tomada de consciência de que ele não é um fim em si mesmo e, portanto, suas regras não têm valor absoluto que sobrepuje as do direito substancial e as exigências sociais de pacificação de conflitos e conflitantes”* Op. cit., p. 349.

¹² **Art. 8º, CPC/15:** Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência.

¹³ Nelson Nery Júnior defende que esse princípio é a base de todo o sistema processual constitucional. Nas palavras do autor: *“Em nosso parecer, bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as consequências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e a uma sentença justa”*. NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, 8ª edição, p. 60.

¹⁴ Op. cit., p. 383. É nesse mesmo sentido o entendimento de Ada Pellegrini Grinover: *“Este passo foi dado, e os processualistas de última geração estão hoje envolvidos na crítica sociopolítica do sistema, que transforma o processo, de instrumento meramente técnico, em instrumento ético e político de atuação da justiça substancial e garantia de liberdades. Processo esse que passa a ser visto na total aderência a realidade sociopolítica a que se destina, para o integral cumprimento da sua vocação primordial, que é a efetiva atuação dos direitos materiais”*. GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, 2ª edição, p. 9.

2.1.2 Desenvolvimento da noção de acesso à justiça

O conceito de acesso à justiça envolve uma tutela justa, tempestiva, necessária e adequada. Porém, sua definição, como visto, é histórica e de difícil apreensão, em razão de seu caráter difuso.

Deve-se destacar que o direito de acesso à justiça não se confunde com o direito de ação, apesar de ambos terem a mesma base constitucional. Mas, esses direitos estão muito interligados, visto que a banalização de um pode levar a ruína do outro.

O direito de ação é também um direito fundamental que consiste singelamente na possibilidade de se impulsionar o Judiciário, a fim de que ele solucione a lide e preste a tutela mais adequada ao caso. Apesar de ser também um direito fundamental constitucional, é mister salientar que a máquina estatal não deve ser movimentada inutilmente para resolver pretensões que não se revestem de um mínimo de razoabilidade. O legislador estabeleceu um mecanismo de controle no recebimento das ações (as condições da ação), contudo, esse sistema às vezes não é suficiente para evitar o inchamento da máquina estatal.

Se de um lado a sociedade exige uma tutela justa, célere e adequada do Poder Judiciário, de outro deve contribuir para que isso possa se tornar uma realidade. Portanto, é necessário que os litigantes usem de seu direito de ação de modo responsável e revestidos de boa-fé processual, a fim de evitar um dos principais entraves à efetividade da tutela jurisdicional no Brasil, que foi definido por Kazuo Watanabe como %explosão de litigiosidade+¹⁵.

A par dos problemas levantados, muitos autores se dedicaram ao estudo do direito de acesso à justiça. O livro %Acesso à Justiça+ de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, fruto do Projeto de Florença iniciado na década de 1970, é referência nessa temática. Partindo de uma visão mais pragmática os autores afirmam que:

A expressão %acesso à Justiça+ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico . o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver

¹⁵ WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In ALMEIDA, Rafael; ALMEIDA, Tânia. CRESPO, Mariana (Orgs.), **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2012.

seus litígios **sob os auspícios do Estado**. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.¹⁶ *[grifo nosso]*

Esse livro foi escrito em 1988 e é revolucionário e atual ainda hoje. Contudo, a realidade contemporânea dos sistemas processuais pelo mundo permite afirmar que, hoje a institucionalização de meios alternativos, especialmente no Brasil, ainda depende de suporte e incentivo estatal.

Todavia, o acesso à Justiça não se resume mais a meros instrumentos judiciais, nos quais há a presença estatal. Para além, desses instrumentos há um mundo de outras possibilidades, extrajudiciais, ainda a serem exploradas, pois certamente acesso à justiça e acesso ao judiciário não se confundem¹⁷.

Assim, o direito de acesso à justiça, em uma visão teórica e filosófica, exerce função primordial no sistema constitucional, pois além de ser um direito fundamental, reconhecido por diversos autores como um direito fundamental instrumental, visto que assegura o efetivo gozo dos demais direitos dos cidadãos, é além de tudo, na visão de Gabriel de Lima Bedin e Fabiana Marion Spengler alicerce da democracia contemporânea¹⁸.

A doutrina moderna é muito apurada em termos teóricos, no que diz respeito ao estudo e ao aprofundamento das bases desse direito. A legislação constitucional e, reciprocamente a legislação infraconstitucional, também são sofisticadas.

O grande problema mesmo se encontra no plano material. Apesar de alguns avanços, dos quais podemos destacar os Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), a lei de assistência judiciária gratuita (Lei nº 1060/50) e a implantação da audiência de conciliação prévia com o novo Código de Processo Civil, muitos ainda são os problemas encontrados.

¹⁶ Op. cit., p. 8.

¹⁷ Elucidativas são as palavras de Kazuo Watanabe: *“A problemática do acesso à justiça não pode ser estudada nos acanhados limites do acesso aos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa”*. In RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo, Editora Acadêmica, 1994, p. 29.

¹⁸ BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. Direito de Acesso à Justiça como concretização dos direitos humanos: garantias no âmbito nacional e internacional. In SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antônio (Org.). **Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação**, Curitiba, Multideia, 2013.

Nesse sentido, Paulo Bezerra defende que:

Entre o formal e o real, entretanto, medeia um abismo. O preceito constitucional permanece como simples promessa a ser cumprido, em várias regiões do país, as mais numerosas, e insatisfatoriamente cumprida em muito poucos, tanto qualitativa quanto quantitativamente¹⁹.

O Brasil luta para democratizar o acesso à justiça, como muitos países fizeram, mas ainda não possuímos índices satisfatórios de promoção de justiça. Trata-se de caminhada longa que vem recebendo novo fôlego e direcionamento.

O direito de acesso à justiça, entendido enquanto direito fundamental instrumental²⁰, é tão importante hoje, pois é a essência para a constituição e abertura das portas de um sistema multiportas, a fim de que se possa garantir a tutela mais adequada para cada tipo de controvérsia por meio do melhor mecanismo de resolução de conflitos.

2.2 FUNDAMENTOS DO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA

O direito de acesso à justiça sustenta-se sobre um tripé: o direito à razoável duração do processo, que se traduz nos princípios de celeridade e economia processual, o direito à efetividade da tutela, que visa satisfazer o direito que está em litígio, e o direito a tutela adequada, que se propõe a adequar o mecanismo de resolução com as circunstâncias do conflito. A falta de um desses pilares enfraquece e inviabiliza o acesso à justiça. Vejamos cada um deles.

2.2.1 O direito à razoável duração do processo²¹

A duração razoável está prevista no do artigo 5º, LXXVIII da CF/88²². Apesar de sua positivação só ter ocorrido com a emenda constitucional nº 45 de 2004, já era

¹⁹ BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano de realização do direito, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2ª Edição, 2008, p. 111.

²⁰ Nas palavras de Mauro Cappelletti: % acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental . o mais básico dos direitos humanos . de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos+. Op. cit., p. 12.

²¹ %Como razoável duração, deve-se entender que o tempo de tramitação de um processo não deve ser tão longo a gerar ineficácia do provimento final pretendido, pois justiça tardia nada mais é do que injustiça flagrante+. CAMARGO, Daniel Marques de. CARVALHO, Felipe Botelho Fernandes Leonel de. O processo como instrumento concretizador (ou negação) de princípios jusfundamentais, p. 83. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de (Org). **Acesso à justiça**: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. São Paulo, Boreal Editora, 2012.

²² **Art. 5º, CF/88**: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à

reconhecido como um direito fundamental a partir dos desdobramentos dos princípios do devido processo legal e da inafastabilidade da tutela jurisdicional.

Trata-se, portanto, de um pilar constitucional do acesso à justiça que se volta a alcançar a tutela justa, adequada e efetiva. Ademais, esse mesmo inciso da Constituição assegura que o Poder Público invista em meio que assegurem a celeridade na tramitação dos processos judiciais e administrativos.

O problema do tempo de demora do processo judicial no Brasil é hoje, o principal obstáculo à concretização do acesso à justiça, porque o direito à razoável duração do processo é também um direito fundamental instrumental que, ao ser inviabilizado, atinge todos os demais direitos fundamentais.

É inegável que todo processo precisa de um tempo, um tempo razoável, que não pode ser definido *a priori* e que serve para que o juiz forme a sua convicção e decida. Mas, seu prolongamento excessivo, que se observa especialmente na fase de execução, acaba por beneficiar apenas o polo mais rico da relação processual que é capaz de suportar economicamente essa demora.

Luiz Guilherme Marinoni fala que o processo é instrumento que sempre prejudica o autor que tem razão e beneficia o réu que não a tem, porque enquanto o autor, em regra, almeja a modificação da realidade empírica, o réu tem a pretensão de manutenção do *status quo*²³.

O mesmo autor defende que o privilégio dado à segurança jurídica, pela teoria clássica do processo civil fez com que poucos se preocupassem com a questão do tempo do processo e que muitos defendessem o direito de defesa do réu de modo irrestrito. Com o tempo, o abuso do direito de defesa acabou tornando-se entrave à duração razoável do processo.

Nas palavras de Marinoni:

Quem conhece a realidade da justiça civil brasileira é capaz de perceber, sem grande esforço, que o direito à defesa . se concebido na forma plena

segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo, Editora Revista dos tribunais, 2007, p. 26.

como pretende parte da doutrina . ao mesmo tempo em que tutela o direito do réu à cognição definitiva, pode privar o autor de muita coisa²⁴ .

Ao lado do obstáculo da demora processual há também o problema da celeridade irrestrita. Vinícius José Corrêa Gonçalves salienta que a duração razoável não significa aceleração processual, isto é, a simples e descompromissada rapidez dada ao processo. Isso porque a celeridade não pode ser buscada a qualquer custo, sob pena da tutela jurisdicional tornar-se tão ineficaz quanto aquela dada por uma justiça lenta²⁵ .

Rodolfo de Camargo Mancuso compartilha desse entendimento:

Assim, do mesmo modo que é inconcebível um processo carregado de tempos mortos que postergam seu desfecho a um ponto futuro indefinido, também não se pode aceitar um processo despropositadamente acelerado, por medo que a almejada presteza seja alcançada ao preço do cerceamento da prova e das devidas faculdades processuais do réu, contexto que ao final implicaria a substituição de um mal pelo outro, talvez ainda maior: o da injustiça célere²⁶ .

Portanto, o direito à razoável duração do processo é corolário da tempestividade, da economia processual e da celeridade, mas deve ser materialmente garantido a partir das ponderações levantadas acima. O processo não deve ser lento a ponto de ser totalmente ineficaz, mas por outro lado, não deve ser instantâneo a ponto de ser injusto. Por isso se fala em razoabilidade, segundo a qual só é possível definir os contornos temporais do processo de acordo com as peculiaridades do caso concreto.

Assim sendo, a duração razoável, enquanto fundamento do acesso à justiça, manifesta-se presente em todo e qualquer mecanismo de solução de conflitos, sejam eles judiciais ou extrajudiciais.

²⁴ Ibidem, p. 17.

²⁵ GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas**: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. Tese de Mestrado, UENP, 2011, p. 102.

²⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo, Editora RT, 2009, p. 103.

2.2.2 O direito a uma tutela efetiva²⁷

Efetividade e tempestividade estão umbilicalmente ligadas, pois sem uma não pode haver a outra. Enquanto pilar do acesso à justiça, a efetividade se vislumbra tanto na realização do direito que sobressai ao conflito, quanto na instrumentalização e na possibilidade de um sujeito defender seus direitos, ou seja, a efetividade consiste no alcance da pacificação social, através da solução dos conflitos.

Luís Roberto Barroso, em breve síntese afirma que:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social²⁸.

Teori Albino Zavascki defende que uma norma será tanto mais eficaz quanto maior for a aproximação entre o plano da normatividade e a realidade fática²⁹.

A par da preocupação conceitual, as preocupações doutrinárias com as implicações práticas, no que diz respeito à efetividade da tutela jurisdicional, vêm de longa data. Como já exposto, Mauro Cappelletti, durante sua investigação acerca de alguns dos principais obstáculos a efetividade do direito de acesso à justiça, concluiu que entre eles estão, por exemplo, as custas judiciais que inviabilizam as pequenas causas e a possibilidade das partes em reconhecer seus direitos, ter acesso à informação e alcançar um equilíbrio econômico entre elas³⁰.

O que é de todo relevante é que efetividade na prestação da tutela, nesse caso, jurisdicional, assim como celeridade não são, necessariamente, auferidas pelo número de sentenças proferidas ou pelo número de processos arquivados, mas pelo grau de satisfação do direito com respeito aos preceitos constitucionais do devido

²⁷ Para Horácio Rodrigues, a efetividade do processo deve ser entendida como a capacidade desse sistema para eliminar concretamente, com justiça, as insatisfações e conflitos, fazendo cumprir o direito. Também como sua aptidão para alcançar os escopos sociais e políticos da jurisdição. RODRIGUES, Horácio Wanderlei. Op. cit., p. 28. Ou ainda, na definição de Cândido Rangel Dinamarco: Pois a efetividade do processo, entendida como se propõe, significa sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes liberdade. Op. cit., p. 386.

²⁸ BARROSO, Luís Roberto apud CAMARGO, Daniel Marques. CARVALHO, Felipe Botelho Fernandes Leonel, 2012, p. 71.

²⁹ ZAVASCKI, Teori Albino apud GONÇALVES, Vinícius José Corrêa, 2011, p. 73.

³⁰ Op. cit., p. 15-20.

processo legal e da inafastabilidade da tutela jurisdicional e, pela satisfação à justiça. Quantidade sem qualidade não é sinônimo de justiça.

Conclui-se, então que, o direito a uma tutela efetiva é dever do Estado (que assume esse dever quando passa a restringir a autotutela) e garantia a todos os cidadãos. A efetividade é tão importante quanto à duração razoável, porque de nada adianta uma tutela célere, que não dá a cada um o que lhe é devido.

Célebre é a frase de Chiovenda que, em poucas palavras, sintetiza o real escopo do processo: *na medida do que for praticamente possível, o processo deve propiciar a quem tem um direito tudo aquilo e precisamente aquilo que ele tem o direito de obter*³¹.

2.2.3 O direito à tutela adequada

A adequação também é um pressuposto necessário para a materialização do acesso à justiça, pois a inadequação da tutela não põe fim ao conflito e acaba por acirrar os ânimos das partes.

Se a tutela não é adequada, com certeza também não será célere, nem efetiva. Destaque-se que entre todos esses pilares existem intersecções, visto que seus espaços de atuação são muito próximos.

O reconhecimento dos meios alternativos de soluções de conflitos é passo importante para o fortalecimento desse fundamento, pois amplia a gama de possibilidades de se oferecer a melhor tutela de acordo com tipo de conflito envolvido. O aperfeiçoamento desse pilar é justamente a pretensão de uma jurisdição multiportas.

Assim como, por exemplo, a conciliação e a mediação encontram limitações à sua aplicabilidade, em razão do princípio da adequação, também a sentença deve reconhecer suas insuficiências, pois não deve ser um mecanismo universal para resolver todo e qualquer conflito.

O que se deve perceber é que para cada mecanismo de resolução de controvérsias (mediação, arbitragem, conciliação, sentença, acordo) há um espaço de atuação e esse espaço deve ser explorado pelos profissionais do direito, para

³¹ CHIOVENDA, Giuseppe apud DINAMARCO, Cândido Rangel, 1987, p. 385.

garantir que um conflito seja resolvido e, o seja da melhor forma, através da tutela mais adequada.

Partindo dos pressupostos e questionamentos levantados nesse capítulo, é mister observar ainda o panorama da justiça brasileira e seus principais obstáculos na busca pela materialização do acesso à justiça e pela realização do compromisso constitucional de solução pacífica das controvérsias.

3. COLAPSO DO MODELO BRASILEIRO: CULTURA DA SENTENÇA

3.1 A CRISE: MÚLTIPLOS FATORES

O Estado assumiu, por meio do Poder Judiciário e do exercício da jurisdição, a tarefa de regular os conflitos sociais. Essa tarefa não é nada simples. A conflituosidade é algo inerente e permanente na vida em sociedade. Trata-se, segundo Cândido Rangel Dinamarco, de uma situação objetiva caracterizada por uma aspiração e seu estado de não satisfação, independentemente de haver ou não interesses contrapostos³².

Mas, esse seu papel se fortaleceu com o advento do Estado Democrático de Direito e, os sistemas de autocomposição e autotutela tornaram-se exceção. O problema foi que o plano teórico constitucional de garantia de acesso à justiça não veio acompanhado de reformas consistentes no plano fático.

Diante dessa realidade o Judiciário brasileiro, já há algum tempo, vem passando por uma crise estrutural, que se revela segundo Vinícius José Corrêa Gonçalves, no descumprimento de sua função primordial de oferecer uma tutela adequada em um tempo razoável³³. Para Humberto Júnior, essa crise não é exclusividade do Brasil, ao contrário, é universal³⁴.

Entre os fatores que agravaram essa crise estão as relações sociais que, nas últimas décadas, em razão dos processos de industrialização e urbanização, têm se modificado e se tornado complexas a uma velocidade que o sistema de justiça não conseguiu acompanhar³⁵. Além disso, a realidade brasileira é profundamente marcada pela concentração de renda, o que não só revela desigualdades econômicas, como também culturais e educacionais.

Marc Galanter explica que a litigiosidade presente na sociedade atual é fruto de um conjunto de modificações sociais que acabam concentrando na figura

³² Op. cit., p. 140-141.

³³ Op. cit., p. 57.

³⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. insuficiência da reforma das leis processuais**. Disponível em: <<http://abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em 13 mar 2017.

³⁵ José Henrique Mouta Araújo diz que *a adaptação do direito à realidade social é um imperativo que se impõe à sobrevivência do Estado de Direito*. ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Curitiba, Editora Juruá, 2001, p. 17.

do juiz o papel de preenchimento do vácuo criado pelo declínio da igreja, família e unidade da vizinhança³⁶.

Acontece que, além dessas modificações, a cultura jurídica brasileira impõe a solução adjudicada como modelo padrão para toda e qualquer demanda. É o que Kazuo Watanabe chama de cultura da sentença³⁷.

Contudo, o processo judicial deve ser encarado como uma das portas, e não a única, capaz de resolver os conflitos sociais. É importante frisar desde logo que, entre as portas, não há hierarquia.

André Gomma de Azevedo expõe que:

A discussão acerca da introdução de mecanismos que permitam que os processos de resolução de disputas tornem-se progressivamente construtivos necessariamente deve ultrapassar a simplificada e equivocada conclusão de que, abstratamente um processo de resolução é melhor que outro. Devem ser desconsideradas também soluções generalistas, como se a mediação ou arbitragem fossem panaceias para um sistema em crise³⁸.

O problema é que essa mudança envolve também questões culturais que ainda não foram superadas (e que estão longe de ser). Na prática relegamos à adjudicação todo e qualquer conflito, o que potencializa o viés adversarial do processo e acirra os ânimos das partes envolvidas³⁹.

Ademais, a imposição, por parte do juiz, de uma decisão que obrigatoriamente sujeita uma das partes à outra, tem o condão de causar consequências irreparáveis, como o desgaste e até o rompimento de relacionamentos entre elas, sejam esses laços familiares ou empresariais, por exemplo.

³⁶ GALANTER, Marc apud GONÇALVES, Vinícius José Corrêa, 2011, p. 115.

³⁷ Op. cit., p. 94.

³⁸ AZEVEDO, André Gomma. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual, p. 20. In AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, Vol. 2, Brasília: grupos de pesquisa, 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudosde-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2>> Acesso em 26 jul. 2017.

³⁹ Rodolfo de Camargo Mancuso afirma que: "Com efeito, mais se introduzem inovações e alterações na legislação processual codificada e extravagante, mais se exacerbam as dúvidas e controvérsias entre os operadores, o que vem retardar o trâmite de processos acumulados em primeira instância e nos tribunais, pondo à calva um sensível erro de diagnóstico: a principal causa do volume excessivo de processos não reside em nosso arcabouço processual . tecnicamente idôneo e a certos respeito até sofisticado . e sim, por um lado, na escassez de meios, materiais e humanos, para um melhor gerenciamento da imensa massa de processos, e, de outro lado, na cultura judiciarista, que resiste aos meios alternativos de resolução de conflitos, e assim fomenta a formação de processos judiciais". Op. cit., p. 37.

Alguns autores afirmam que a cultura da adjudicação é consequência da leitura %exacerbada e irrealista+ acerca da garantia de acesso à justiça. Contudo, essa visão merece críticas. Em que pese, atualmente, o que se extraia da leitura do art. 5º, XXXV, CF, seja de larga amplitude e buscando sua maior efetividade, como exposto ao longo de todo o trabalho, o direito de acesso à justiça não se confunde com o mero acesso ao Judiciário.

Além disso, é criticável a postura que encara a cultura da adjudicação como fruto do pleno acesso à justiça, visto que, empiricamente, ele não realiza de modo absoluto e integral. Ainda, não podemos nos esquecer de que o direito de ação não é irrestrito, mas condicionado, o que serve de %filtro+ das pretensões e afasta o argumento de que há a percepção de que %todo e qualquer prejuízo temido ou sofrido tenha que ser necessariamente reparado+⁴⁰. E mais, essa leitura é ingênua, porque esquece as verdadeiras causas que levaram a essa cultura e ao entupimento do Judiciário.

Destaque-se que a adjudicação, se não empregada ao tipo de conflito adequado é inclusive, %semente+ para o aumento da litigiosidade e a retroalimentação do Judiciário, porque não permite o diálogo adequado. Como dito alhures, a adequação é um dos fundamentos do acesso à justiça, que demanda que, para cada caso, seja empregada à técnica de resolução que mais condiz com suas peculiaridades, a fim de que o real escopo da jurisdição seja alcançado.

Se de um lado há o estímulo à adjudicação, por outro há o problema da desinformação. Muitas pessoas são levadas a pensar que os meios alternativos de resolução de conflitos são na verdade uma %justiça de segunda mão+, porque só visualizam no Estado-juiz a possibilidade de pacificação social.

Daí a necessidade de implantação do modelo multiportas, que não se trata de tarefa fácil, visto que além da mudança cultural de nossa sociedade exige-se também a atuação incentivadora por parte do legislador e a atuação comprometida do juiz com a justa composição da lide, através do instrumento mais adequado, como será demonstrado adiante.

⁴⁰ Ibidem, p. 183.

3.2 REFLEXOS E OBSTÁCULOS À JUSTIÇA

A falta de aptidão do Judiciário para atender as novas demandas sociais, de modo adequado, promove seu descrédito perante a sociedade e, a retração de seu espaço de atuação.⁴¹ Com a abertura dessa margem, estabelecem-se uma multiplicidade de centros de poder (que tem como escopo a superação das dificuldades do sistema tradicional, com a promoção de celeridade, informalidade e praticidade) que acabam assumindo o papel resguardado ao Judiciário, o que aprofunda ainda mais a crise e demonstra a incapacidade de manutenção do monopólio da jurisdição pelo Estado.

Fabiana Marion Spengler defende que essa crise é reflexo de uma situação mais complexa e profunda que envolve, na verdade, a crise do Estado. Segundo ela, a globalização gerou influxos que acabaram acarretando a crise estatal e, conseqüentemente, essa acabou sendo transferida para todas as suas instituições, inclusive o Judiciário⁴².

Contudo, a crise do Judiciário também exerce o papel inverso, ou seja, a sua crise também produz consequências que aprofundam a crise do Estado. Spengler explica, por exemplo, que a falta de capacidade dos tribunais brasileiros em pacificarem uma jurisprudência e darem decisões previsíveis, entre outros problemas, interferem na vinda de investidores estrangeiros para o país que não se sentem seguros caso haja algum problema com seus recursos ou seus tomadores de crédito⁴³.

Se por um lado a crise é ~~%~~interna+ (há falhas no sistema), por outro é também ~~%~~externa+, pois houve um aumento considerável da litigiosidade, assim como também houve um aumento exacerbado da produção legislativa.

⁴¹ Para Mancuso: ~~%~~Em ciência da administração se afirma que quem quer os fins, deve fornecer os meiosq Mas, o constituinte de 1988 tendo instituído uma Carta notoriamente extensa, analítica, pródiga em direitos (mas já não tão assim quanto aos deveres), com isso fomentou as expectativas sociais, exacerbando a demanda por justiça. Essa tensão se intensificou, ademais, pela frustração causada pelo não atendimento ou oferta insuficiente, por parte do Estado-administrador, dos numerosos direitos sociais prometidos no texto constitucional.+Ibidem, p.143-144.

⁴² SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise do estado e a crise da jurisdição: (in) eficiência face à conflituosidade social**, Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 7, nº 1, jan-jun 2011, p. 10.

⁴³ Ibidem, p. 21.

Ademais, o que Maria Tereza Sadek destaca é que essa %explosão da litigiosidade+ não é homogênea, isto é, poucos conseguem acessar muito o Judiciário e muitos conseguem acessá-lo muito pouco⁴⁴. Segundo a autora, somente 33% das pessoas que se envolvem em algum tipo de litígio vão ao Judiciário⁴⁵. Resta demonstrado que o direito de acesso à justiça ainda está concentrado nas mãos de uma pequena parcela da população brasileira.

Outro contraponto necessário ao acúmulo de processos no Judiciário é demonstrado por Paulo Bezerra. Segundo esse autor, a %explosão de litigiosidade+ não revela confiança, por parte da sociedade, nessa instituição, apenas demonstra a falta de opção dos jurisdicionados e o desprezo pelas vias extrajudiciais⁴⁶.

Diante da morosidade e ineficiência do sistema, das dificuldades da fase de execução, do formalismo dos procedimentos e da linguagem pouco acessível, é crescente o sentimento de descrença e insatisfação por parte dos cidadãos. Além de tudo isso, o Judiciário ainda não está preparado para trabalhar com os direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, pois ainda foca apenas no litígio individual. A garantia de acesso à justiça, como demonstrado, fica apenas no plano da retórica constitucional.

Nesse sentido são as palavras de Ada Pellegrini Grinover:

A sobrecarga dos tribunais, a morosidade dos processos, seu custo, a burocratização da justiça, a complicação procedimental, tudo leva à insuperável obstrução das vias de acesso à justiça e ao distanciamento cada vez maior entre o Judiciário e seus usuários.⁴⁷

Os problemas não param por aí. Mauro Cappelletti já havia diagnosticado que entre os entraves a serem transpostos, para alcançar o efetivo acesso à justiça, há a possibilidade das partes, que segundo Marc Galanter, envolve a %noção de que algumas espécies de litigantes gozam de uma gama de vantagens estratégicas+⁴⁸.

Essas vantagens envolvem tanto recursos financeiros, que possibilitam litigar e suportar a demora do processo judicial, e recursos educacionais, que

⁴⁴ SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à Justiça**. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 40.

⁴⁵ SADEK, Maria Tereza apud GONÇALVES, Vinícius José Corrêa, 2011, p. 60.

⁴⁶ Op. cit., p. 200.

⁴⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini apud ARAÚJO, José Henrique Mouta, 2001, p. 48.

⁴⁸ GALANTER, Marc apud CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth, 1988, p. 21.

permitem o reconhecimento de um direito e a busca por sua realização, quanto à atuação de litigantes habituais, que estão mais preparados para lidar com o dia a dia do processo.

É muitas vezes no interesse desses litigantes habituais que os mecanismos alternativos são desprezados, visto que para eles, a longevidade do processo permite, conforme Marc Galanter, melhor planejamento do litígio e de suas estratégias⁴⁹.

Assim, as deficiências tornam o processo judicial interessante àqueles que dispõem de recursos financeiros e podem suportar a demora, ou ainda, àqueles que detêm recursos educacionais e culturais e se utilizam de artifícios para prolongar o processo⁵⁰.

Outro entrave são as custas judiciais que, em geral, são caras, especialmente, porque além do pagamento de honorários do próprio advogado, das custas iniciais e eventual, preparo de recursos, as partes estão sujeitas ainda ao pagamento de honorários sucumbenciais, que variam de dez a vinte por cento do valor da condenação⁵¹.

O CNJ realizou uma pesquisa em 2010, a fim de verificar as disparidades existentes na cobrança das custas judiciais em diferentes estados do país e constatou, por exemplo, que em uma ação de R\$ 2.000,00 em primeiro grau no Paraná eram cobradas, somente a título de custas, R\$ 177 reais aproximadamente, e que no Ceará, esse valor chegava a R\$ 611 reais. Em segunda instância, as diferenças eram ainda mais gritantes⁵².

Por outro lado, em pesquisa recente realizada pelo IBGE constatou-se que a média do rendimento domiciliar mensal per capita da população brasileira é de R\$

⁴⁹ Ibidem, p. 25.

⁵⁰ Em pesquisa realizada pelo CNJ em 2012, constatou-se que entre os maiores litigantes estão o Poder Público, bancos e empresas de telefonia. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/Publicacoes/100_maiores_litigantes.pdf> Acesso em 15 mar de 2017.

⁵¹ **Art. 85, CPC/15:** A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor. § 2º Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos: I - o grau de zelo do profissional, II - o lugar de prestação do serviço; III - a natureza e a importância da causa; IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

⁵² Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/campanhas/433-informacoes-para/imprensa/artigos/13592-as-custas-judiciais-em-foco>> Acesso em: 6 ago 2017.

1.226,00. Sendo que em alguns estados, com o Maranhão, esse valor não passa de R\$ 570,00⁵³.

As custas, em regra, funcionam como fator de desestímulo de busca do processo judicial como mecanismo garantidor de direitos e de resolução de conflitos. Mas, esse é um obstáculo que, de certa forma, vem sendo mitigado pelo benefício da gratuidade da justiça, concedido àqueles que têm insuficiência de recursos para pagar custas, despesas processuais e honorários advocatícios⁵⁴.

A lei nº 1060/50 traz requisitos bastante genéricos para a concessão desse benefício. Mas, já há um projeto de lei (PLS 229/2017) em trâmite que procura alterá-los. Caso venha a ser aprovado, a gratuidade da justiça só será concedida àqueles que demonstrarem preencher ao menos dois dos quatro novos requisitos. São eles, renda líquida de até 10 salários mínimos, participação em pelo menos um programa de assistência social, isenção do pagamento do Imposto de Renda da Pessoa Física e propriedade de apenas um imóvel, rural ou urbano, usado como moradia⁵⁵.

Petrônio Calmon Filho traz importante síntese acerca da necessidade de garantir eficiência ao processo judicial, ao mesmo tempo em que os meios alternativos devem ser incentivados, a fim de que os envolvidos possam eliminar o problema da possibilidade das partes e possam resolver o conflito com equilíbrio.

Nas palavras do autor:

Não é difícil observar que pessoas se furtam à rápida solução alternativa porque a lentidão do Judiciário fará com que elas não precisem resolver logo o conflito, quando isso lhes é favorável, o que muitas vezes ocorre. Uma justiça que funciona bem é fator preponderante para se aceitar uma solução consensual, pois sendo a justiça estatal caracterizada pela possibilidade de se utilizar de medidas práticas coercitivas para fazer valer suas decisões, quando essa coercibilidade funciona, as pessoas se sentem incentivadas a buscar a solução autocompositiva, pois seria natural evitar medidas judiciais; quando não funciona, ou funciona mal, poderá ser melhor esperar por uma solução estatal futura e incerta, apostando nas mazelas do processo, em seu formalismo e nulidades constantemente aferidas em

⁵³ Disponível em: <<http://www.jb.com.br/economia/noticias/2017/02/24/ibge-rendimento-domiciliar-per-capita-do-brasileiro-em-2016-foi-r-1226-mil/>> Acesso em: 6 ago 2017.

⁵⁴ **Art. 98, caput, CPC:** A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

⁵⁵ Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/24/requisitos-para-concessao-da-gratuidade-de-justica-serao-analisados-pela-cj>> Acesso em 17 ago 2017.

inúmeros recursos. (...) Deve-se afastar, então a ideia de que o mau funcionamento da máquina judiciária constitui o pressuposto para a difusão dos meios alternativos. Ao contrário, o jurisdicionado será tanto mais livre para optar pela via consensual quanto estiver livre para optar entre dois sistemas paralelos e eficientes⁵⁶.

É de se destacar ainda que, a escolha da via judicial como a única possível para resolver os conflitos sociais implica um elevado custo não só econômico, mas principalmente, social. Na visão de Paulo Bezerra, esse custo é fruto de um antagonismo vivido pelo processo civil, pois tem como tarefa ao mesmo tempo fazer justiça às partes e reestabelecer a paz social. O custo é mais aprofundado quando uma das partes se vê obrigada a abrir mão de seu direito para que sua causa seja solucionada⁵⁷.

Atento a essa realidade, o Judiciário precisa de reformas institucionais que garantam a sua modernização. Além disso, é imprescindível a atualização da legislação, como vem acontecendo, a fim de compatibilizá-la com os anseios sociais, de modo a ampliar as formas de oferecer justiça e, permitindo que as partes possam ajudar na construção da solução para suas lides.

Segundo Paulo Bezerra ~~o~~ ordenamento jurídico não pode engessar a vontade das partes e as soluções de conflitos sociais, mesmo porque, naturalmente, já escapam de sua análise um sem número de lides, no seio da sociedade⁵⁸.

Assim, em que pese possa se falar em ~~crise~~ crise do Judiciário, é inegável que esse ainda mantém o protagonismo como pacificador social e que a atuação jurisdicional é essencial, em um Estado Democrático de Direito, porém, o modelo tradicional de justiça precisa ser revisto e complementado com a atuação dos meios alternativos de soluções de conflitos.

⁵⁶ Op. cit., p. 222 e 223.

⁵⁷ Op. cit., p. 190.

⁵⁸ Op. cit., p. 106.

4. O SISTEMA MULTIORTAS

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Diante da tarefa constitucional de promoção de acesso à justiça e da impossibilidade, como se demonstrou, de seu cumprimento ocorrer somente pela via judicial-processual, faz-se necessário reforçar e ampliar a atuação de outros instrumentos de resolução de conflitos. Assim, a via tradicional e as demais vias (mediação, conciliação, arbitragem e outras) não devem se excluir, mas interagir harmonicamente, através da justiça multiortas⁵⁹.

É muito importante frisar que inexistente sobreposição entre os instrumentos de resolução de conflitos. Oteiza destaca que a justiça é uma demanda social muito relevante, para a qual o Estado deve ser capaz de dar uma resposta otimizada e eficiente. Por isso, a preocupação estatal com a implementação de *Alternative Dispute Resolution* (ADRs) não pode deixar de lado sua obrigação principal, que consiste em garantir o acesso à justiça e ao devido processo legal. Escolher entre o processo judicial e as ADRs seria um erro⁶⁰.

Morton Deutsch estudando os processos de resolução de disputas concluiu que estes podem ser construtivos ou destrutivos. Segundo Deutsch, os destrutivos tornam o processo uma grande competição e, por isso, acirram os ânimos entre as partes acarretando grandes chances de expansão e aprofundamento do conflito. Em geral, nos conflitos destrutivos, a comunicação é empobrecida entre os envolvidos, a solução se dá pela força ou destreza de uma das partes e o olhar que se tem do outro é distorcido. Seriam então capazes de enfraquecer e até mesmo romperem com a relação social existente entre as partes⁶¹.

Já os processos construtivos permitiriam o fortalecimento dessa relação social, pois a comunicação é aberta e honesta, inclusive sobre questões subjacentes

⁵⁹ Ressalte-se a posição de Rodolfo de Camargo Mancuso: «Interessa é que os danos temidos ou sofridos sejam prevenidos ou compostos com justiça, em tempo razoável, e com bom equilíbrio no custo-benefício, não importando os meios e as instâncias utilizados para esse desiderato, desde que idôneos e eficazes». O mesmo autor chama esse modelo de «justiça coexistencial». Op. cit., p. 149.

⁶⁰ OTEIZA, Eduardo. **ADR methods and the diversity of cultures: the latin american case**. In Jeuland, Emmanuel; CLAY, Thomas (Orgs.). *Médiation & Arbitrage: alternative dispute resolution*, p. 169-171.

⁶¹ DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, v.3, Brasília, 2004. Disponível em: < <http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito> > Acesso em 26 set 2017.

ao conflito, reconhece-se o interesse do outro e encoraja-se a busca por uma solução que atenda à todos os interesses envolvidos e a atitude com relação ao outro é confiante e amigável⁶².

Contudo, um instrumento de resolução de disputas é sempre construtivo quando capaz de compatibilizar os interesses em jogo. Sua transformação, em processo destrutivo, vem justo em razão da aplicação de instrumento inadequado na resolução do conflito.

Portanto, uma das principais preocupações hoje é estabelecer parâmetros de aplicação para cada meio de resolução de conflitos. Nesse momento, já podemos falar de um primeiro critério, o critério de aplicação da adjudicação, justamente em razão de seu elemento residual.

O Judiciário restará como *ultima ratio* ou como cláusula de reserva para os casos em que a via consensual esteja fatalmente obstruída, ou ainda, para casos complexos, como os casos em que a lei impõe a necessidade de processo judicial, ou que o *thema decidendum* seja estritamente jurídico, como no caso de controle de constitucionalidade⁶³.

É mister destacar que o uso da expressão meios alternativos de resolução de conflitos não significa dizer que tratam-se de instrumentos novos ou contemporâneos à jurisdição estatal. Ao contrário, são algumas das mais antigas formas que a sociedade encontrou para resolver suas controvérsias. Nesse sentido, Rodolfo de Camargo Mancuso explica que os chamados meios alternativos é que foram, na verdade, os pioneiros na resolução de conflitos, já que a jurisdição estatal somente se estruturou no século XIX⁶⁴.

⁶² Ibidem. Ademais, o autor ressalta que os processos de solução de controvérsias podem ser cooperativos ou competitivos. Nos primeiros, os objetivos só são alcançados por um dos participantes se e somente se os outros também o puderem fazer. O aumento das chances individuais na resolução do conflito acarreta o aumento das chances dos demais. Nos segundos, um participante só alcança seus objetivos se e somente se os outros não puderem fazer. Se a chance individual de um participante aumenta, a chance dos demais diminui. Para Deutsch, é mais fácil passar da cooperação para a competitividade do que percorrer esse trânsito em sentido inverso.

⁶³ Op. cit. Destaque-se que a institucionalização de meios alternativos de resolução de conflitos, conforme André Gomma de Azevedo, não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, isso porque, caso as partes não consigam chegar à solução consensual, ainda assim, poderão acionar o Judiciário para que esse aprecie o caso. A diferença é que, como exposto, o mecanismo adjudicatório fica como cláusula de reserva. Desde Chiovenda já se visualiza a jurisdição como uma atividade secundária. Apesar desse autor definir a jurisdição como um poder do Estado, acreditava que a composição da lide só se daria através do Estado caso as partes envolvidas não a tivessem alcançado espontaneamente.

⁶⁴ Op. cit., p. 40.

Além disso, a expressão *alternativo* não é empregada sentido pejorativo. Apenas revela que o método adjudicatório foi, e ainda continua sendo o principal instrumento utilizado pela sociedade moderna para pacificar os conflitos. Entretanto, em razão de sua crescente ineficácia, outros instrumentos têm ganhado espaço.

Tartuce relembra que existem diversas expressões que designam as formas diferenciadas de resolução de conflitos, como *alternative dispute resolution* (ADRs) ou ainda resolução alternativa de disputas (RAD) e meios alternativos de solução de conflitos (MASCs) e que o surgimento dessas técnicas não ocorreu dentro do direito, mas foi fruto de necessidades comerciais. A institucionalização mais forte desses instrumentos na seara jurídica só aconteceu no final da década de 70, nos EUA ⁶⁵.

Eduardo Oteiza assinala que apesar de haver certo consenso em usar o termo *alternativo* como sinônimo de opções capazes de trazer os litígios para fora das cortes, as ADRs trazem em si certa ambiguidade. Porquanto, adjudicação, negociação, mediação, conciliação e arbitragem estão em categorias meramente artificiais, visto que as partes usualmente conduzem negociações e adjudicações simultaneamente e as cortes não estão só adstritas a adjudicação, mas podem mediar e conciliar as partes ⁶⁶.

Esse modelo pensado a partir da harmonização entre processo judicial e o uso de técnicas autocompositivas e heterocompositivas pode ser chamado de *jurisdição multiportas*, *sistema multiportas*, *tribunais multiportas* ou ainda, *justiça multiportas*, que tem como desígnio a promoção do diálogo e do consenso, com o intuito de alcançar a pacificação social.

Para fins desse trabalho, certa cautela deve ser tomada ao se utilizar o termo *jurisdição multiportas*, a fim de que a temática seja compreendida adequadamente.

Dado que o vocábulo *jurisdição* foi tradicionalmente concebido como o poder do Estado de aplicar o direito ao caso concreto, aqui deverá ser entendido em seu sentido mais amplo, enquanto universalidade, ainda que desconectada do

⁶⁵ A autora destaca ainda que a desprocessualização de controvérsias no direito moderno representa uma retomada de uma longa tradição jurídica em que a solução dos litígios se dava pelos particulares sem vinculação com o Estado, embora esse estivesse disponível para prestar a tutela jurisdicional: TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo, Ed. Método, 2016, 3ª Edição. 148-149.

⁶⁶ Op. cit., p. 166-167.

Estado. Trata-se, portanto, de toda e qualquer possibilidade de solucionar os conflitos sociais, judicial ou extrajudicialmente, com justiça⁶⁷.

Algumas mudanças importantes, em termos legislativos já vêm sendo experimentadas no direito brasileiro. Destaque-se que o legislador vem aos poucos oxigenando e abrindo novas portas no sistema de justiça nacional. A título de exemplo inicial tem-se a Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais e que impôs ao magistrado, nos termos do artigo 21, o dever de informar as partes sobre as vantagens da conciliação.⁶⁸

Nesse capítulo, o que se pretende é demonstrar que a implantação do modelo multiportas não só amplia os instrumentos disponíveis para se buscar o real acesso à justiça, como também é ferramenta de efetivação de direitos fundamentais, especialmente, da duração razoável, e canal democrático, que abre vias de comunicação com os litigantes e que se autolegitima com a participação popular.

4.2 O DESENVOLVIMENTO NOS EUA

O sistema multiportas nasce nos Estados Unidos, com o nome de *Multi-door Courthouses*, a partir da *Pound Conference* proferida por Frank Sander, professor emérito da Universidade de Harvard, em 1976 e foi pensado a partir da constatação de que a atuação dos tribunais norte-americanos, em matéria tributária, era de grande eficiência, à medida que era insatisfatória, em matéria de direito de família e ante o crescente descontentamento popular do grande volume de processos que tramitavam perante o Judiciário.

Assim, Frank Sander percebeu que o modelo de justiça estático pensado até então, era incapaz de resolver adequadamente todo e qualquer litígio que lhe fosse submetido. Além do problema do congestionamento dos tribunais, Sander também

⁶⁷ Rodolfo Mancuso sintetiza que: “A própria palavra Jurisdição, que entre nós, tradicionalmente, aparece atrelada ao Estado, hoje comporta outra acepção, distanciando-se do sentido monopolístico oficial e abrindo-se para outras instâncias. Ainda, para o mesmo autor, a jurisdição é concebida como “a função de prevenir e/ou compor controvérsias com justiça (e não necessariamente mediante a estrutura estatal)”. Op. cit., p. 121 e 141. Carlos Alberto Salles também revela sua preocupação com a necessidade de se trabalhar um novo conceito de jurisdição, que seja capaz de atender a sua finalidade primordial, a pacificação social atrelada à sua atividade enquanto método de solucionar disputas. SALLES, Carlos Alberto apud GABBAY, Daniela, 2013, p. 19.

⁶⁸ **Art. 21, Lei nº 9.099/95:** Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.

estava preocupado com a democratização, isto é, a maior participação da população na resolução de conflitos e a maximização do acesso à justiça⁶⁹.

A concepção das *Multi-door Courthouses* traz a ideia de um tribunal com diversas portas, sendo que atrás de cada uma delas estariam disponíveis diversos instrumentos de resolução de conflitos, os quais entre eles não haveria dependência hierárquica. A partir da observação de determinados critérios a escolha seria por aquele que se mostrasse mais adequado ao tipo de controvérsia e às especificidades do caso concreto. É um modelo que promove o acesso à justiça de forma plena e célere e privilegia a autonomia privada das partes.

Segundo Vinícius Gonçalves, o modelo pensado por Sander trata-se, na verdade, de um modelo de organização judiciária multifacetária, que privilegia a adequação do conflito ao melhor método para sua resolução, rechaçando o protagonismo das vias judiciais ordinárias.⁷⁰

A ideia era a de que os Tribunais Multiportas fossem compostos de escritórios centrais que receberiam as demandas e, após a análise das peculiaridades do caso e dos critérios pré-estabelecidos, encaminhariam as partes, caso não houvesse consenso entre elas, para a porta considerada pertinente⁷¹.

Marco Antônio Garcia Lopes Lorencini expõe esse procedimento com clareza:

A metáfora das portas remete a que todos os meios alternativos estejam disponíveis em um só lugar. Em geral, depois de apresentado um formulário pelo requerente, o requerido é também chamado e igualmente preenche um formulário igual. Esses formulários são encaminhados pelo funcionário ao julgador que, então, designa uma audiência para as partes para dar-lhes conhecimento acerca do meio indicado. [...] Dois pontos são centrais: quem exerce a triagem e o meio trilhado. [...] A escolha do meio pode, assim, dependendo do programa, ser feita pelo autor, pelo réu, ou por ambos, de forma consensual. Pode, ainda, ser mecanicamente feita por um funcionário do tribunal, por um perito externo ou, ainda, pelo próprio julgador. No caso de pluralidade de autores, prevalece o critério da maioria. Nas hipóteses em que a escolha cabe a uma pessoa que não as partes, elas respondem a um

⁶⁹ ALMEIDA, Tânia. **Mediação de conflitos**: um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/2016/03/01/mediacao-de-conflitos-um-meio-de-prevencao-e-resolucao-de-controversias-em-sintonia-com-a-atualidade/>> Acesso em 21 set. 2017.

⁷⁰ Op. cit., p. 158.

⁷¹ Lília Maria de Moraes Sales e Mariana Almeida de Sousa destacam que: “é interessante notar que as técnicas alternativas convivem de forma harmoniosa e articulada com o sistema de justiça e recebem financiamento e suporte do Poder Público”. SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida. **O sistema de Múltiplas portas e o Judiciário brasileiro**. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, ano 5, nº 16, jul./set. 2011, p. 209.

questionário detalhado que, entre outras coisas, discrimina (i) a quantidade de partes envolvidas, (ii) os fatos e as possíveis questões daí advindas, (iii) pedidos (iv) relacionamento entre as partes, (v) a natureza das questões a resolver e sua natureza. Essa análise objetiva é seguida de um outro formulário no qual a parte expõe o seu objetivo, respondendo sua expectativa com relação à (i) celeridade, (ii) confidencialidade, (iii) o interesse em preservar o relacionamento com a parte contrária, (iv) disposição em negociar com a parte contrária.⁷²

Frank Sander ainda propôs cinco critérios para orientar a escolha do mecanismo mais adequado ao conflito⁷³.

São eles: natureza da disputa (diz com a causa que deu origem ao conflito), relacionamento entre as partes (se o conflito envolve relações contínuas, os mecanismos consensuais são os mais indicados, até porque prezam pelo reestabelecimento dos canais de comunicação, mas, se o conflito envolve relações eventuais, podem ser objeto da adjudicação, porque não há maiores preocupações com sua manutenção), valor da disputa (valores pequenos tendem a serem melhores trabalhados em mediações e conciliações⁷⁴, ao passo que, valores mais altos tendem a envolver relações mais complexas que são melhores resolvidas pela adjudicação), custo na resolução da disputa (devem ser avaliados de acordo com a capacidade econômica das partes), velocidade na resolução do litígio (o método escolhido deve ser capaz de garantir a duração razoável do processo e atender com celeridade as demandas, a fim de não inviabilizar os direitos em discussão).⁷⁵

Morton Deutsch também propôs critérios que permitem uma melhor compreensão e encaminhamento dos conflitos. Segundo o autor, para além da natureza do conflito e da existência ou não de relacionamento prévio entre as partes, deve-se observar as características das partes em conflito (quais seus recursos disponíveis, suas crenças, seus valores e motivações, o ambiente social em que ele se insere (quais são as normas sociais, restrições e encorajamentos), as estratégias e táticas das partes (o grau de comprometimento e compartilhamento de informações, uso de incentivos positivos ou negativos), as consequências (ganhos e

⁷² LORENCINI, Marco Antônio apud GONÇALVES, Vinícius José Corrêa, 2011, p. 162.

⁷³ Fernanda Tartuce destaca que: "Assim, a preferência pura e simples por uma ou outra tentativa de solução, sem atentar para detalhes sobre as condições da controvérsia e as características de seus sujeitos, não é uma atitude recomendável a priori". Op. cit., p. 27.

⁷⁴ Até em razão do obstáculo já levantado por Cappelletti, ao demonstrar que por vezes os custos do processo superam o valor em litígio. Op. cit., p. 19.

⁷⁵ SANDER, Frank apud SALES, Lília Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida, 2011, p. 210-211.

perdas, efeitos na reputação, mudanças em longo prazo) e a existência de possíveis espectadores interessados no conflito (quais os interesses desse terceiro, qual seu relacionamento e expectativas com relação às partes)⁷⁶.

A conjugação desses elementos é importante diretriz na busca por critérios que possibilitem o direcionamento dos conflitos aos meios adequados à resolução de conflitos. É instrumento que deverá auxiliar no trabalho desenvolvido nos centros judiciários multiportas.

Após a *Pound Conference*, outros autores norte-americanos também buscaram elaborar suas considerações acerca da temática, entre eles Cappelletti e Garth. Em conjunto, esses autores idealizaram o que chamaram de %ondas renovatórias do acesso à justiça+⁷⁷.

A terceira %onda+ tem fundamental importância para a temática, porque foi pensada justamente para fazer frente ao obstáculo da capacidade das partes, o %alcançar de Aquiles+ do processo civil. A ideia era dar %novo enfoque do acesso à justiça+⁷⁸ através da oxigenação do processo judicial e da utilização de mecanismos alternativos de resolução de conflitos. Cappelletti e Garth afirmam que:

O fato de reconhecermos a importância dessas reformas [da assistência jurídica e da representação de interesses públicos] não deve impedir-nos de enxergar seus limites. Sua preocupação é basicamente encontrara representação efetiva para interesses antes não representados ou mal representados. O novo enfoque do acesso à Justiça, no entanto, tem alcance muito mais amplo. Essa %terceira onda+ de reforma inclui a advocacia, judicial ou extrajudicial, seja por meio de advogados particulares ou públicos, mas vai além. Ela centra sua atenção no conjunto geral de instituições e mecanismos, pessoas e procedimentos utilizados para processar e mesmo prevenir disputas nas sociedades modernas⁷⁹.

⁷⁶ Op. cit.

⁷⁷ Segundo esses autores, seriam três ondas renovatórias. A primeira %onda+ objetivava facilitar o acesso à justiça das pessoas mais carentes, através da promoção de assistência judiciária. No Brasil, o marco histórico da assistência jurídica remonta às Ordenações Filipinas, mas é só com a Lei nº 1.060/1950, que institui regras específicas à concessão de assistência jurídica gratuita, e com a Lei Complementar nº 80/1994 e a Emenda Constitucional nº 45/2004, que organizam as Defensorias Públicas e lhe conferem autonomia funcional e administrativa, respectivamente, que, no Brasil, os autores começam a falar em assistência jurídica integral, isto é, assistência que não está limitada ao acompanhamento processual, ainda que no Paraná, por exemplo, a Defensoria Pública no Paraná só tenha sido criada em 2011. Já a segunda %onda+ preocupa-se com a representação de interesses difusos, o que acarretou no Brasil, ainda que de modo gradual e lento, mudanças legislativas, como a Lei da Ação Civil Pública, e mudanças no modo individualista de pensar o processo civil. Op. cit., 31, 49, 67.

⁷⁸ Ibidem, p. 68.

⁷⁹ Ibidem, p. 67-68.

Dado que não basta garantir a assistência jurídica e a representação de interesses públicos e, sendo necessário dar significativo acesso à justiça, a terceira onda propõe a indispensável adaptação do processo civil, a aplicação de novos instrumentos de resolução de conflitos, como a mediação, e, por fim, a utilização de mecanismos adequados para a proteção de direitos individuais e adequados para os coletivos, que vêm pensados através do sistema multiportas.

O primeiro Tribunal Multiportas norte-americano foi criado em 1985 e, diante de seus excelentes resultados⁸⁰, o modelo espalhou-se pelo país e pelo mundo. O Brasil caminha aos poucos nessa direção.

Nas palavras de Roberto Portugal Bacellar abrir as portas da justiça é uma prioridade, entretanto, incentivar a saída da justiça com soluções pacíficas gerais (dentro e fora do processo) é uma necessidade⁸¹.

No entanto, a preocupação do sistema de justiça brasileiro deve ser a de garantir o tratamento adequado dos conflitos, por isso, a abertura dessas novas portas não tem o escopo de solucionar a crise do Judiciário⁸².

4.3 INSTITUCIONALIZAÇÃO NO BRASIL

O tópico anterior buscou apontar algumas das premissas e vantagens de um modelo de justiça, que preocupado com a questão da inefetividade da atuação jurisdicional agregou e harmonizou instrumentos diversos de pacificação social. Esse modelo permite não só (re)pensar o processo civil brasileiro, mas também dar efetividade ao preâmbulo constitucional.

O Brasil já havia vivenciado algumas esparsas experiências legislativas, que abriram espaço e até incentivaram o uso de meios alternativos de resolução de conflitos, antes das inovações trazidas pelo novo CPC e pela lei de mediação.

⁸⁰ Segundo Kazuo Watanabe: em vários Estados, como a Califórnia, menos de 5% das causas ajuizadas chegam a fase final de julgamento. WATANABE, Kazuo apud GONÇALVES, Vinícius José Corrêa, 2011, p. 171.

⁸¹ SOUZA, Luciane Moessa. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. In SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul, Editora Essere nel Mondo, 2015, 2ª Edição, p. 79.

⁸² Nas palavras de Kazuo Watanabe: Não é porque o Poder Judiciário está sobrecarregado de serviço que tentaremos descobrir formas de aliviar a carga. Tenho grande receio que a mediação venha a ser utilizada com esse enfoque e não com o maior, que seria dar tratamento adequado aos conflitos que ocorrem na sociedade. WATANABE, Kazuo apud GABBAY, Daniela, 2013, p. 86.

Existem, portanto, dois marcos legislativos: um anterior a 2015 e outro posterior. Iniciaremos por aquele e, no tópico subsequente, abordaremos as principais mudanças desse segundo marco.

Uma das primeiras experiências brasileiras veio com a Constituição de 1824. O artigo 161 da Carta impunha às partes o dever de demonstrar que ao menos haviam tentado resolver o litígio através de alguma solução consensual, como condição de admissibilidade para intentar a solução processual⁸³.

Esse marco é histórico, porque disciplinava algo que é hoje almejado, o papel subsidiário, isto é, de *ultima ratio* do processo judicial. Porém, essa previsão não foi repetida nas Constituições que se seguiram.

O movimento pelo acesso à justiça, inspirado na terceira onda, só chega ao Brasil em meados dos anos 90. Esse é o momento em que, ainda que timidamente, a legislação começa a se preocupar em abrir espaço às novas formas de se pensar a justiça. Vejamos algumas das principais leis federais em matéria civil e processual civil⁸⁴.

O primeiro grande passo veio com a Lei nº 8.952/94, que alterou alguns dispositivos do CPC/73, em especial o artigo 331. Em sua redação anterior⁸⁵, esse artigo previa que o juiz, na audiência preliminar, se não verificasse os requisitos para a extinção do processo ou julgamento antecipado da lide, declararia saneado o processo e designaria audiência de instrução e julgamento. A nova redação, dada pela Lei nº 8.952/94⁸⁶, trouxe a audiência de conciliação como ato necessário e obrigatório, às causas que versassem sobre direitos disponíveis.

⁸³ **Art. 161, CF/1824:** Sem se fazer constar, que se tem intentado o meio da reconciliação, não se começará processo algum.

⁸⁴ Tartuce nos lembra que a abordagem legislativa da mediação, conciliação e outras técnicas de resolução de conflitos, mostrou-se, inicialmente, mais intensa na área trabalhista. São destaques: a lei nº 7.783/1989 (que previa a possibilidade de negociação ou arbitragem em relação ao direito de greve), o decreto nº 1.572/95 (regula a mediação nas negociações coletivas), a lei nº 10.101/2000 (possibilita o uso de mediação e arbitragem em conflitos relativos aos lucros e resultados da empresa), lei nº 9.958/2000 (que instituiu as comissões de conciliação prévia) e a lei nº 10.192/2001 (regula as negociações prévias ao dissídio coletivo). Op. Cit., p. 258-259.

⁸⁵ **Art. 331, CPC/73:** Se não se verificar nenhuma das hipóteses previstas nas seções procedentes, o juiz, ao declarar saneado o processo: I - decidirá sobre a realização de exame pericial, nomeando o perito e facultando às partes a indicação dos respectivos assistentes técnicos: II - designará a audiência de instrução e julgamento, deferindo as provas que nela hão de produzir-se (Redação dada pela Lei nº 5.925, de 1º.10.1973).

⁸⁶ **Art. 331, CPC/73:** Se não se verificar qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes e a causa versar sobre direitos disponíveis, o juiz designará audiência de conciliação, a realizar-se no prazo máximo de

No entanto, esse artigo foi novamente alterado em 2002, pela Lei 10.444, momento em que a audiência de conciliação perdeu força, visto que sua obrigatoriedade restou afastada caso as circunstâncias da causa evidenciassem ser improvável a transação. Caberia, portanto, ao juiz, desde logo, sanear o processo e passar para a produção de provas⁸⁷. Esse foi um momento de retrocesso em matéria processual. Como poderia o juiz determinar *a priori* a impossibilidade de transação?

Outra importante experiência legislativa veio com a Lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais (e, depois, com a Lei nº 10.259/2001, dos juizados especiais federais) e que dá grande enfoque à conciliação, sendo essa inclusive um dos escopos dos juizados⁸⁸. Além disso, toda a construção legislativa é permeada pelos princípios da oralidade, da economia processual e da simplicidade com vistas a superar alguns dos principais problemas do processo tradicional.

O artigo 21, da Lei nº 9.099/95 incumbe ainda aos juízes o dever de, aberta a sessão, esclarecer às partes as vantagens da conciliação⁸⁹. Ressalte-se que assim que registrado o pedido, a secretaria dos juizados, desde logo, designar sessão de conciliação⁹⁰.

trinta dias, à qual deverão comparecer as partes ou seus procuradores, habilitados a transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário (Incluído pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994).

⁸⁷ **Art. 331, CPC/73:** Se não ocorrer qualquer das hipóteses previstas nas seções precedentes, e versar a causa sobre direitos que admitam transação, o juiz designará audiência preliminar, a realizar-se no prazo de 30 (trinta) dias, para a qual serão as partes intimadas a comparecer, podendo fazer-se representar por procurador ou preposto, com poderes para transigir. § 1º Obtida a conciliação, será reduzida a termo e homologada por sentença. § 2º Se, por qualquer motivo, não for obtida a conciliação, o juiz fixará os pontos controvertidos, decidirá as questões processuais pendentes e determinará as provas a serem produzidas, designando audiência de instrução e julgamento, se necessário. § 3º Se o direito em litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova, nos termos do § 2º (Incluído pela Lei nº 10.444, de 7.5.2002).

⁸⁸ **Art. 1º, Lei nº 9.099/95:** Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência. Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

⁸⁹ **Art. 21, Lei nº 9.099/95:** Aberta a sessão, o Juiz togado ou leigo esclarecerá as partes presentes sobre as vantagens da conciliação, mostrando-lhes os riscos e as consequências do litígio, especialmente quanto ao disposto no § 3º do art. 3º desta Lei.

⁹⁰ **Art. 16, Lei nº 9.099/95:** Registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias.

Outra lei que merece destaque, essa mais recente, é a Lei nº 11.441/2007, que alterou o CPC/73 e possibilitou a realização de inventário e partilha extrajudicial, no caso de herdeiros maiores e capazes que estejam de acordo acerca da partilha de bens e que não exista testamento⁹¹ e, a separação e divórcio consensuais, desde que não existam filhos menores. A lei permitiu inclusive, nesse último caso, que as partes transigissem acerca da partilha dos bens, da pensão alimentícia e manutenção ou alteração de seus nomes⁹².

Essa desburocratização, além de ter como propósito direto o desafogamento do Judiciário, indiretamente privilegiou àqueles que se valem do consenso para resolverem seus conflitos com um procedimento mais célere e simplificado.

A par dessas mudanças legislativas, até 2015 ainda vigia o CPC/73, com poucas disposições sobre conciliação e transação e nenhuma referência à mediação, calcado em um processo judicial duro, formal e individualista. Humberto Dalla Bernardina de Pinho fala que o CPC/73 durou apenas 42 anos, o que é considerado pouco para um Código, mas que sua atualização já era demanda há algum tempo, em razão de enormes e incomensuráveis avanços sociais, culturais e tecnológicos⁹³, o que só poderia se dar através de um novo Código.

O ponta pé inicial para a mudança vem a partir da Resolução nº 125 do CNJ, que instituiu uma Política Judiciária Nacional preocupada com o oferecimento de ferramentas apropriadas para atender à natureza e peculiaridades de cada controvérsia, isto é, garantir o tratamento adequado dos conflitos. É aqui que as

⁹¹ **Art. 1º, Lei nº 11.441/07:** Os arts. 982 e 983 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 . Código de Processo Civil passam a vigorar com a seguinte redação: %Art. 982. Havendo testamento ou interessado incapaz, proceder-se-á ao inventário judicial; se todos forem capazes e concordes, poderá fazer-se o inventário e a partilha por escritura pública, a qual constituirá título hábil para o registro imobiliário.

⁹² **Art. 3º, Lei nº 11.441/07:** A Lei nº 5.869, de 1973 . Código de Processo Civil, passa a vigorar acrescida do seguinte art. 1.124-A: %Art. 1.124-A. A separação consensual e o divórcio consensual, não havendo filhos menores ou incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, poderão ser realizados por escritura pública, da qual constarão as disposições relativas à descrição e à partilha dos bens comuns e à pensão alimentícia e, ainda, ao acordo quanto à retomada pelo cônjuge de seu nome de solteiro ou à manutenção do nome adotado quando se deu o casamento. § 1º A escritura não depende de homologação judicial e constitui título hábil para o registro civil e o registro de imóveis.

⁹³ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O novo CPC e a mediação:** reflexões e ponderações. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 190, p. 219-235, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242895>> Acesso em: 29 jun. 2017, p. 220.

preocupações legislativas deixam de ser meramente pontuais⁹⁴. Em texto publicado pela Câmara de mediação Mediare, os autores destacam que:

A Resolução consiste em um conjunto de ações que visa a dar cumprimento aos objetivos estratégicos do Poder Judiciário, ou seja, eficiência operacional, ampliação do acesso ao sistema de Justiça e responsabilidade social, de maneira eficaz e harmônica. Devido à constatação de distintas modalidades de prática da Conciliação e da Mediação, nos diferentes Estados da Federação, percebeu-se a necessidade de padronizar o exercício dessas práticas e de incorporá-las a um programa de política pública, para as esferas da Justiça Estadual, Federal e do Trabalho, respeitando-se as peculiaridades de cada uma delas. A padronização objetiva conciliar crenças sociais e especificidades locais, neste país de dimensões continentais e de vasta diversidade cultural. Unifica a práxis sem uniformizá-la, evita disparidades de orientações e de práticas e, ao mesmo tempo, propõe assegurar a boa execução desta política pública.⁹⁵

Para tanto, a resolução prevê como atribuição dos Tribunais a criação de núcleos permanentes encarregados de desenvolver a política judiciária e, esses entre outras competências, são responsáveis por instalarem centros judiciários de solução de conflitos aptos a realizarem sessões de conciliação e mediação pré-processuais e processuais⁹⁶. Essa ideia de centros dentro dos Tribunais perfaz nítida incorporação do modelo norte-americano.

Importante frisar que o direito brasileiro, adotou a premissa central do sistema multiportas, isto é, valorizou a autonomia das partes ao permitir que essas possam escolher o mecanismo que se mostrar mais adequado ao tipo de litígio que estão envolvidas.

Kazuo Watanabe reforça que o foco hoje não é mais o de reduzir a carga de trabalho do Poder Judiciário, mas dar tratamento adequado aos conflitos⁹⁷,

⁹⁴ O parágrafo único do artigo 1º da Resolução 125/CNJ foi alterado em 2016, a fim de combinar as disposições do NCPC e da lei de mediação e assim, reforçar o dever dos órgãos judiciários de oferecerem, incentivarem e possibilitarem a solução consensual antes da solução adjudicatória. A redação ficou assim: Aos órgãos judiciários incumbe, nos termos do art. 334 do Novo Código de Processo Civil combinado com o art. 27 da Lei de Mediação, antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão. (Redação dada pela Emenda nº 2, de 08.03.16)

⁹⁵ ALMEIDA, Tânia; BAYER, Sandra; LEVY, Fernanda; LORENCINI, Marco; MANDELBAUM, Helena; NETO, Adolfo Braga. **Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça**: leitura comentada. Disponível em: < <http://www.mediare.com.br/2016/03/07/resolucao-n-125-do-conselho-nacional-de-justica-leitura-comentada/>> Acesso em 17 jun. 2017.

⁹⁶ **Art. 8º, caput, Resolução nº 125, CNJ**: Os tribunais deverão criar os Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (Centros ou Cejuscs), unidades do Poder Judiciário, preferencialmente, responsáveis pela realização ou gestão das sessões e audiências de conciliação e mediação que estejam a cargo de conciliadores e mediadores, bem como pelo atendimento e orientação ao cidadão. **Art. 10, Resolução nº 125, CNJ**: Cada unidade dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania deverá obrigatoriamente abranger setor de solução de conflitos pré-processual, de solução de conflitos processual e de cidadania.

⁹⁷ WATANABE, Kazuo apud ALMEIDA, Rafael; ALMEIDA, Tânia. CRESPO, Mariana (Orgs.), 2012, p. 93.

estimulando-se assim, acesso à ordem jurídica justa, verdadeiro escopo do art. 5º, XXXV, CF. É nesse momento que há a consolidação de uma efetiva preocupação com a institucionalização de um modelo de justiça voltado ao tratamento adequado dos conflitos, como é o sistema multiportas.

Em conformidade com as exigências da Resolução 125/CNJ, o CPC/2015 traz um novo arquétipo para o processo civil. Além dele, em 2015, também foi criada a lei de mediação. Faremos algumas considerações acerca do CPC nesse ponto e trabalharemos a lei de mediação em específico tópico.

4.3.1 O CPC/2015

O capítulo I do CPC/2015 inaugura as normas fundamentais do processo civil. A nova estrutura do processo civil vem assentada sobre a garantia de inafastabilidade de jurisdição, leia-se garantia de acesso à justiça, a duração razoável do processo, a fim de resguardar uma tutela efetiva, o princípio da boa-fé processual e o princípio da cooperação. Ademais, o CPC/15 rege-se pelo primado da solução consensual⁹⁸.

Partido dessas diretrizes e, observando uma tendência mundial de preocupação em abertura do sistema processual a mecanismos alternativos de resolução de conflitos, inclusive já iniciada aqui, por meio da Resolução 125/CNJ, o legislador brasileiro expressamente recepcionou e institucionalizou os tribunais multiportas no direito brasileiro. Essa afirmação é corroborada pela previsão do artigo 165 do CPC⁹⁹.

O modelo multiportas norte-americano é centrado na figura dos tribunais, pois seria dentro de seu próprio espaço físico que as diversas ~~portas~~+ estariam disponíveis. O direito brasileiro, por outro lado, além de prever a criação de centros

⁹⁸ A par de outros exemplos, observe-se o art. 694, CPC, que regula as ações de família: ~~N~~as ações de família, todos os esforços serão empreendidos para a solução consensual da controvérsia, devendo o juiz dispor do auxílio de profissionais de outras áreas de conhecimento para a mediação e conciliação. Parágrafo único. A requerimento das partes, o juiz pode determinar a suspensão do processo enquanto os litigantes se submetem a mediação extrajudicial ou a atendimento multidisciplinar.+

⁹⁹ ~~%~~**Art. 165, CPC:** Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição. § 1º A composição e a organização dos centros serão definidas pelo respectivo tribunal, observadas as normas do Conselho Nacional de Justiça.+

judiciários de solução de conflitos, também admitiu que essas ~~portas~~ estejam disponíveis extrajudicialmente¹⁰⁰.

Daniela Gabbay ressalta que o Judiciário tem o papel pedagógico de dar os primeiros passos para a institucionalização dos mecanismos consensuais de resolução de conflitos, mas enfatiza que o Estado deve-se retirar quando as partes estão preparadas para caminharem sozinhas¹⁰¹.

Assim, os envolvidos no conflito, de comum acordo, podem ir buscar diretamente o mecanismo de resolução de conflitos que entendem mais adequado e efetivo. Ou ainda, podem se dirigir à instância jurisdicional, para que dentro dos centros judiciários sejam orientados, antes da propositura de uma demanda judicial, por pessoas qualificadas, a buscarem, dentre as diversas ~~portas~~, aquela que melhor se adequa a composição do conflito, seja auto ou heterocompositiva, seja através da participação do Estado ou não.

Por isso, para além da criação desses centros, os tribunais deverão ainda disponibilizar procedimento de capacitação dos servidores que terão funções imprescindíveis na triagem, encaminhamento e principalmente na orientação dos sujeitos, a fim de que esses possam, dispondo de adequada informação, se dirigirem a composição do conflito.

A triagem é um momento sensível, pois define o instrumento a ser utilizado. Por isso, conforme Daniela Gabbay, se bem realizada é capaz de gerar bons frutos, como a confiança na execução do procedimento e em seu resultado¹⁰². Em que pese, em regra, os critérios de triagem sejam subjetivos (caso a caso), é possível pensar em critérios objetivos, especialmente quando um órgão especializado é que realiza esse encaminhamento, como será demonstrado adiante.

¹⁰⁰ Como bem aponta Humberto Dalla Bernardina de Pinho ~~fica~~ desde logo afastada qualquer ideia de que meios alternativos conduzem à privatização do processo+. E, citando Barbosa Moreira, o autor conclui: ~~o~~ falar em privatização do processo é uma expressão, nalguns casos, inadequada; noutros, falsa; em todos, perigosa+. Op. cit., p. 223.

¹⁰¹ Nas palavras da autora: ~~é~~ como se o papel do Judiciário em relação aos meios autocompositivos fosse instrumental, na medida em que se coloca mais ou menos presente dependendo do momento e do nível de aceitação dos meios alternativos de solução de conflitos pelas partes e pela sociedade.+ GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**; Brasília, Gazeta Jurídica, 2013, p. 81.

¹⁰² Op. cit., p. 245. Para Paulo Eduardo Alves da Silva, ~~a~~ triagem dos conflitos não deve ser resumida à separação dos casos entre provável/improvável resolução amigável. Abrangeria também a identificação, logo no início do processo, dos casos complexos e que demandam produção probatória delicada, daqueles que versam sobre matérias pacíficas em jurisprudência, daqueles que já podem ser imediatamente resolvidos.+ Ibidem, p. 254.

O CPC reconheceu ainda a competência de câmaras privadas de conciliação e mediação para atuarem na resolução de conflitos¹⁰³. Priorizou a autonomia das partes, observe-se, por exemplo, o art. 3º, §2º, do CPC/2015, que assegura que sempre que possível, ou seja, desde que as partes estejam dispostas, será dever do Estado promover a solução consensual de conflitos e, da mesma maneira, o artigo 168, CPC/2015 que permite que as partes escolham o conciliador, mediador ou a câmara privada de conciliação e mediação¹⁰⁴.

Sabendo da árdua tarefa que seria enraizar uma cultura da pacificação, termo cunhado por Kazuo Watanabe¹⁰⁵, no Brasil, o legislador não se contentou em atribuir essa tarefa única e exclusivamente ao Estado-juiz. O NCPC impôs ainda, no artigo 3º, §3º, aos juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público o dever de estimularem todo e qualquer método de resolução consensual de conflitos, dando margem ao final do texto à resolução extrajudicial, ao dispor que esse dever aplica-se inclusive no curso do processo judicial.

Destaque-se que o momento processual selecionado pelo legislador para a tentativa de conciliação e mediação foi em audiência prévia à instrução. E isso não foi à toa. A audiência é o instante em que o princípio da oralidade se perfaz de modo mais pleno, isto é, é o momento mais adequado para o diálogo.

Contudo, o dever trazido pelo §3º, do artigo 3º, do CPC não tem um momento único para ser observado e não se exaure em audiência. Deve, portanto, ser observado em todo o desenrolar processual, inclusive após a sentença e até mesmo durante a execução.

O capítulo V do NCPC inaugura a temática da audiência de conciliação ou de mediação e diferentemente do CPC/73 prevê que essa acontecerá antes mesmo da apresentação de contestação pelo réu. Essa inversão de atos do processo, primeiro a realização da audiência para buscar a solução consensual e,

¹⁰³ **Art. 167, CPC:** Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

¹⁰⁴ **Art. 168, CPC:** As partes podem escolher, de comum acordo, o conciliador, o mediador ou a câmara privada de conciliação e de mediação. § 1º O conciliador ou mediador escolhido pelas partes poderá ou não estar cadastrado no tribunal. § 2º Inexistindo acordo quanto à escolha do mediador ou conciliador, haverá distribuição entre aqueles cadastrados no registro do tribunal, observada a respectiva formação. § 3º Sempre que recomendável, haverá a designação de mais de um mediador ou conciliador.

¹⁰⁵ Op. cit., p. 94.

posteriormente, a apresentação de defesa, no caso daquela ser infrutífera, do ponto de vista da valorização do consenso no NCPC é relevantíssima, pois tentou evitar que os ânimos das partes já estivessem acirrados, em razão de alegações e contra alegações, no momento da audiência.

Contudo, talvez possa vir a ser mais um desafio na luta contra mecanismos meramente protelatórios do processo e a litigância de má-fé. Isso porque, o prazo para contestar, caso seja realizada a audiência de conciliação ou mediação, só começará a fluir a partir do dia seguinte da última audiência frustrada. Assim, caso o autor dispense a realização da audiência, o réu poderá requerê-la, ainda que sem interesse na via consensual, apenas para postergar sua defesa.

Apesar da litigância de má-fé não ser de fácil constatação, o ordenamento jurídico não deverá chancelar esse tipo de conduta. Ademais, o princípio da confidencialidade não é absoluto e não deve ser usado para privilegiar condutas contrárias à boa-fé processual e ao princípio da cooperação.

O réu deverá comparecer a audiência disposto a cooperar na busca por solução consensual, sob pena de pagamento de multa, indenização aos prejuízos sofridos e pagamento de honorários e despesas processuais. Ressalte-se que o não comparecimento, seja do autor ou do réu, em audiência implica ato atentatório a dignidade da justiça e o pagamento de multa de 2% do valor da causa¹⁰⁶.

O artigo 334, do CPC recupera as inovações trazidas pela lei nº 8.952/94, ao dispor acerca da essencialidade da realização de audiência de conciliação ou mediação, não sendo o caso de improcedência liminar do pedido e preenchido os requisitos da petição inicial¹⁰⁷.

Ademais, a audiência será presidida por conciliadores e mediadores capacitados e se revestirá de confidencialidade, não tendo o juiz acesso as

¹⁰⁶ **Art. 81, CPC:** De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. § 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária. § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo. § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

¹⁰⁷ Destaque-se que a redação do artigo utiliza-se de verbo imperativo: "designará".

informações e propostas feitas pelas partes, a fim de até mesmo evitar que isso influencie em sua decisão, caso as partes não cheguem à composição.

A discussão hoje está centrada na previsão do §4º desse mesmo artigo, que dá margem a fixação de uma disposição padrão nas petições iniciais rejeitando, para todo e qualquer caso, a mera tentativa de composição consensual¹⁰⁸. Se ao longo de todo o texto do Código a posição é de incentivo ao diálogo, aqui o CPC se fecha e abre espaço para que diversos autores afirmem que a audiência de conciliação não se reveste de obrigatoriedade.

Fernanda Tartuce afirma que é necessário cuidar com a obrigatoriedade imposta pela lei, ante a necessidade de voluntariedade dos mecanismos consensuais. Ela assegura que se deve observar a qualidade frente à tônica impositiva pela quantidade¹⁰⁹. Humberto de Pinho também defende que a obrigatoriedade pode levar à um procedimento simulado ou mesmo superficial, em razão da falta de interesse dos envolvidos nesse procedimento¹¹⁰.

Ainda assim, a interpretação do §4º pode partir de duas premissas. A primeira é a de que ele converge com a garantia de autonomia privada, cabendo, portanto, às partes decidirem se querem ou não se submeter à tentativa de conciliação ou mediação. Esse argumento nos levaria a concluir que a audiência, portanto, não é obrigatória.

A segunda, por outro lado, seria a de que o §4º deveria ser interpretado à luz da Política Pública de tratamento adequado dos conflitos, sendo incabível, portanto, essa rejeição de plano. O que nos levaria a concluir que a audiência deveria ser sim obrigatória. Partiremos dessa segunda interpretação, ainda que estabelecendo algumas ressalvas.

¹⁰⁸ Marinoni, Arenhart e Mitidiero têm uma visão positiva acerca desse dispositivo do Código. Nas palavras dos autores: "Note-se que não basta, para obstar à realização da audiência, que apenas uma das partes não queira a sua realização. O legislador refere que *ambas as partes* devem expressamente manifestar o desinteresse na composição consensual. Uma interpretação favorável à autocomposição - que constitui a diretriz interpretativa preferida pelo legislador, art. 3.º S 2.º - determina que a audiência só não seja realizada se ambas as partes expressamente manifestarem o desinteresse. Apenas uma delas manifestando-se contra, o legislador aposta na possibilidade de a conciliação ou de a mediação vencer a sua resistência ao acordo em audiência." MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo, Editora RT, 2016, p.174.

¹⁰⁹ Op. cit., p. 11.

¹¹⁰ PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O marco legal da mediação no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/9192642/O_Marco_Legal_da_Media%C3%A7%C3%A3o_no_Brqsil> Acesso em 25 jul. 2017.

Dizer que a audiência de conciliação e mediação, no processo civil, é obrigatória, não necessariamente implica dizer que, nela as partes serão constrangidas à solução consensual, o que seria até mesmo um paradoxo.

Em verdade, a obrigatoriedade implica o reconhecimento da audiência de conciliação e mediação, como ato processual necessário, para o andamento regular do processo. É ato que de regra, não pode ser suprimido. Porque é justamente nesse momento, ainda que ele não seja o único, que recai sobre o magistrado o dever de tentar conciliar as partes e de informar acerca das vantagens dos meios consensuais.

Além disso, a audiência serve como instrumento de eliminação de uma incerteza . a via consensual é possível?. Será só após o cumprimento desses deveres pelos magistrados que, muitas pessoas, senão a maioria da população brasileira, poderão externar uma decisão informada, acerca da possibilidade ou impossibilidade de buscarem uma solução consensual, através de meios alternativos de resolução de conflitos. Eliminada essa incerteza pode-se dar o devido tratamento ao conflito garantindo-se que a atuação adjudicatória seja secundária.

Esse aspecto merece especial atenção porque o Brasil não possui hoje uma cultura de acordos+e, é possível que, o primeiro contato, de muitas pessoas, com as ADRs só ocorra incidentalmente ao processo judicial¹¹¹. Não podemos ser ingênuos. A implantação desses instrumentos, em larga escala, não será possível sem a atuação pedagógica do Judiciário.

Porém, na tentativa de salvar o §4º, seria possível pensar na dispensabilidade da audiência de conciliação e mediação, mediante manifestação expressa de desinteresse, caso as partes demonstrem que, antes do ajuizamento da ação, já haviam tentado chegar a uma solução consensual sem, contudo, obter êxito e que não estão dispostas a nova tentativa.

¹¹¹ Luciane Moessa Souza aponta que %Rode parecer paternalista, mas temos que considerar a nossa realidade social. O importante é que ao comparecerem as pessoas sejam tratadas de acordo com suas necessidades e seja realizada uma tentativa de mediação efetivamente capaz de propiciar a solução definitiva daquele conflito. No entanto, para que uma estrutura de obrigatoriedade como essa possa ser implementada, é evidente que precisamos contar com quadros de mediadores capacitados em número suficiente . o que certamente é uma realidade ainda inexistente no Brasil+ Op. cit., p. 59.

A forma como foi redigido o §4º, que permite a dispensa da audiência de conciliação e mediação em qualquer caso e *a priori*, está em desacordo com a política de tratamento adequado dos conflitos e com a sistemática empregada tanto nas demais disposições do CPC, quanto na Resolução 125/CNJ e na lei de mediação de valorização e incentivo aos meios de soluções consensuais.

O Judiciário deve estar realmente disposto a dar tratamento adequado aos conflitos para que todas essas disposições saiam do papel. Como já dito alhures, o processo judicial e a sentença devem se resguardar a uma atuação secundária. O que deve ser encarado como obrigatório é a tentativa das partes se submeterem a uma solução consensual e não a obtenção desse consenso, através do acordo.

Portanto, ante todas essas considerações, podemos dizer que o Brasil dispõe de um excelente aparato normativo que está em compasso com os anseios sociais¹¹². Mas, que deve agora se preocupar em dar-lhe efetividade e garantir que os conflitos realmente sejam tratados de modo adequado.

No próximo tópico abordaremos as especificidades de cada instrumento autocompositivo de conflitos, entre eles, a renúncia, a submissão e a transação.

¹¹² O art. 515, II e III, CPC, inclusive prevê a possibilidade de dar efetividade às decisões homologatórias, tanto de autocomposição judicial, quanto extrajudicial, por meio do procedimento de cumprimento de sentença, em claro exercício do poder coercitivo estatal. **Art. 515, CPC:** São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: II - a decisão homologatória de autocomposição judicial; III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza;

5. AUTOCOMPOSIÇÃO DOS CONFLITOS

5.1 BREVES APONTAMENTOS

Os mecanismos autocompositivos, ao lado da autotutela, são meios de resolução de conflitos originais, que remontam ao início da vida em sociedade. Segundo Ana Carolina Fernandes Mascarenhas, a autocomposição é um meio altruísta de solução de conflitos, já que a divergência de interesses é resolvida mediante o consenso das partes¹¹³, e mais, é resolvida pela própria atuação das partes, o que certamente é elemento distintivo dos mecanismos heterocompositivos, já que esses envolvem a atuação de um terceiro imparcial que detém o poder decisório, como na arbitragem e no processo judicial.

Em termos práticos, a autocomposição envolve métodos mais flexíveis e idôneos para restaurar a capacidade de diálogo entre as pessoas, bem como resolver o conflito afora de seus aspectos jurídicos. Por outro lado, a heterocomposição, mais especificamente, a adjudicação, tem atuação imprescindível para situações em que a via consensual esteja inevitavelmente obstruída.

Ademais, conforme Rodolfo Mancuso, as soluções alcançadas mediante mecanismos alternativos de resolução de conflitos se revestem de eficácia imediata, visto que fruto do consenso das partes, não estão sujeitas a recursos¹¹⁴.

A autocomposição pode ser unilateral, quando a escolha e o ato a ser praticado recai apenas sobre um dos sujeitos, ou bilateral, quando esse ato envolve a participação de todos os envolvidos. No primeiro caso, temos a renúncia (alguns autores falam em desistência) e a submissão, e no segundo, a transação, a negociação, a conciliação e a mediação¹¹⁵. Trata-se de nítida manifestação de autonomia privada, albergada pelos limites legais.

¹¹³ MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. **Autonomia privada e autocomposição extrajudicial de litígios**. Programa de Pós-Graduação em direito da UFBA, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10785>> Acesso em 25 jun. 2017, p. 89. Fernanda Tartuce acresce que a autocomposição é regida pela vontade das partes que, observando a licitude e a disponibilidade são livres para preencherem o conteúdo da norma. **Op. cit.**, p. 16.

¹¹⁴ **Op. cit.**, p. 227.

¹¹⁵ Observe-se o entendimento de Grinover, Cintra e Dinamarco: sendo disponível o interesse material, admite-se a autocomposição, em qualquer de suas três formas clássicas: transação, submissão, desistência (e qualquer uma delas pode ser processual ou extraprocessualmente). **Op. cit.**, p.30.

Pode ser ainda endoprocessual ou extraprocessual. A atuação desses instrumentos de modo antecipado, isto é, antes da formação do processo judicial, deve ser incentivada, pois, são capazes de tornar a atuação estatal dispensável e contribuem para a redução do acúmulo de litígios que se arrastam perante o Judiciário. Porém, ainda que se apresentem no curso do processo judicial, também podem ser vistos como mecanismos resolutórios que rapidamente eliminam a lide.

Destacados alguns dos principais benefícios e algumas das vantagens da autocomposição de conflitos, não se pode deixar de indicar alguns de seus pontos mais sensíveis, que são, constantemente, alvo de diversas críticas.

Para Owen Fiss, os acordos não devem ser encorajados, pois além de serem frutos de coerção, são feitos por sujeitos sem autoridade e acarretam um envolvimento judicial posterior muito problemático¹¹⁶.

Ademais, o mesmo autor ressalta que, em um acordo não há garantia de equilíbrio entre as partes, já que os recursos financeiros são distribuídos de modo desigual. Assim, os mais vulneráveis economicamente acabariam tendo menos acesso à informação e realizariam acordos por valores inferiores ao quais teriam direito ou por não ter condições de entrar com um processo judicial estariam forçados a realizarem acordos. Para Fiss, o papel da adjudicação é essencial, pois dá força e aplicabilidade aos dispositivos constitucionais e realiza nossos ideais enquanto sociedade¹¹⁷.

A pretensão da justiça multiportas é justamente congrega meios autocompositivos com meios heterocompositivos de conflitos. Defender os meios alternativos não implica em excluir a adjudicação com instrumento importante nessa tarefa. Indiscutivelmente é papel do Judiciário e do processo judicial dar aplicabilidade aos dispositivos constitucionais.

Mas, o respeito à ordem constitucional e infraconstitucional é de observância obrigatória em todo e qualquer mecanismo que se proponha a resolver conflitos. Não é possível afastar o conjunto de garantias mínimas que regem o devido

¹¹⁶ FISS, Owen M. **Against settlement**. Yale Lj, v. 93, 1983, p. 1075.

¹¹⁷ Op. cit., p. 1076 e 1085.

processo legal, nem mesmo em se tratando de autocomposição. A inexistência de um procedimento rígido não é argumento suficiente para afastar esses dispositivos.

Além disso, a desinformação não é problema único e exclusivo da autocomposição. Galanter demonstrou que esse problema se acentua ainda mais no processo judicial em que figuram os chamados litigantes habituais¹¹⁸. A falta de informação, no Brasil, é reflexo das disparidades econômicas e educacionais de nossa sociedade. Sua superação envolve a atuação conjunta de advogados, juízes, conciliadores, mediadores, porque à eles recai o dever de fornecer todas as informações necessárias para o bom andamento do processo.

Quanto ao cumprimento dos acordos, o CPC precisou dar uma resposta. Apesar, do processo de execução gerar grande incômodo e excessiva demora, o CPC, desde 73, reconhece a força executiva dos acordos, enquanto títulos executivos judiciais ou extrajudiciais¹¹⁹.

O problema principal se coloca com relação ao desequilíbrio. Contudo, como no caso da desinformação, também não se trata de obstáculo exclusivo da autocomposição. O equilíbrio total entre as partes é utópico, até mesmo no processo judicial. As relações sociais são desiguais em sua essência, em diferentes graus. Mas, mesmo Fiss reconhece que a presença ativa do juiz pode reduzir os impactos das desigualdades¹²⁰. O mesmo precisa ser exigido de conciliadores e mediadores que, ainda que, devam atuar com imparcialidade, devem estar atentos a possíveis desequilíbrios e esforçarem-se para minimizá-los.

5.2 RENÚNCIA

A renúncia diz com a possibilidade de alguém abrir mão de uma pretensão ou interesse legítimo de que é titular, sem que para isso haja qualquer contrapartida.

¹¹⁸ GALANTER, Marc apud CAPPELLETTI; GARTH, Bryanth, 1988, p. 25.

¹¹⁹ **Art. 475-N, CPC/73:** São títulos executivos judiciais: V - o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente. Art. 515, CPC/15. São títulos executivos judiciais, cujo cumprimento dar-se-á de acordo com os artigos previstos neste Título: II - a decisão homologatória de autocomposição judicial; III - a decisão homologatória de autocomposição extrajudicial de qualquer natureza.

¹²⁰ Op. cit., p. 1077. Luciane Moessa de Souza também se deparou com o mesmo problema. Para a autora: “[...] O processo de mediação pode e deve ser delineado de forma a garantir que o nível de informações e sua respectiva compreensão seja equalizado, que a oportunidade de expressar os interesses de cada uma das partes seja efetivamente garantida, e que o diálogo seja conduzido de forma a assegurar que todas as partes envolvidas tenham consciência dos interesses em jogo e de suas alternativas à solução consensual.” Op. cit., p. 224.

Temos como exemplo no CC/02, a remissão de dívidas¹²¹. É mecanismos autocompositivo chancelado pelo ordenamento jurídico, visto que em regra, o direito brasileiro prevê a irrenunciabilidade como sendo excepcional e direcionada aos conflitos que abarcam direitos indisponíveis. Além disso, a renúncia vem prestigiada no princípio dispositivo, que rege nosso sistema processual.

Esse mecanismo envolve a rejeição de uma pretensão de direito material, que não se confunde com o instituto da desistência, que implica efeitos processuais¹²². Isso porque, essa modalidade ocorre quando o processo já estiver em curso, a fim de tornar ineficaz um ato ou conduta já praticada.

Rodolfo de Camargo Mancuso¹²³ expõe que a renúncia, enquanto mecanismo de autocomposição de conflitos atua tanto no plano preventivo, antes do momento de formação do processo, pelo qual o renunciante evita a formação da lide e com isso, a formação de ação judicial, quanto no plano resolutivo, quando então, já ajuizada a ação, a parte renuncia ao seu direito e assim, resolve-se o processo com julgamento de mérito, nos termos do artigo 487, III, c, do CPC¹²⁴.

O CPC prevê, em seu artigo 200, parágrafo único, que a desistência da ação só produzirá efeitos após homologação judicial. Nesse sentido, dentro do mecanismo tradicional de solução de conflitos, a desistência depende de ato do juiz. Diferentemente da renúncia, no caso de desistência, não haverá resolução do mérito, vide artigo 485, VIII, CPC,¹²⁵ o que acarreta a possibilidade dessa matéria vir a ser discutida em novo processo.

A renúncia é, portanto, muito bem vinda em ambos os momentos (antes e durante o processo judicial), porque se por um lado resolve o aspecto jurídico do conflito por si mesma, por outro, acarreta uma decisão de mérito.

¹²¹ **Art. 385, CC:** A remissão da dívida, aceita pelo devedor, extingue a obrigação, mas sem prejuízo de terceiro.

¹²² A desistência ocorre no curso de um processo judicial. O CPC prevê que caso essa desistência ocorra após a citação do réu, esse poderá concordar, caso em que o processo será extinto sem resolução do mérito, ou discordar, o que implicará o prosseguimento do processo. Não se trata de verdadeiro mecanismo de resolução de conflitos, porque não impede a propositura de nova demanda e nem ao menos leva as partes a resolverem o conflito de modo consensual.

¹²³ Op. cit., p. 207.

¹²⁴ **Art. 487, CPC:** Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

¹²⁵ **Art. 485, CPC:** O juiz não resolverá o mérito quando: VIII - homologar a desistência da ação;

5.3 SUBMISSÃO

É figura contraposta à renúncia e pode ser chamada também de reconhecimento do pedido. De acordo com Ana Carolina Fernandes Mascarenhas, define-se a submissão como o reconhecimento pela parte demandada de uma pretensão litigiosa contra ela dirigida¹²⁶, isto é, o réu desiste de resistir à pretensão formulada pelo autor, em razão de aquiescência ao seu direito na ação, ou quando o autor deixa de resistir à pretensão formulada pelo réu em reconvenção.

Não deve ser confundida com a confissão, pois essa envolve o reconhecimento de um fato contrário ao seu interesse, ao passo que a submissão refere-se ao reconhecimento de um direito. Não se trata, portanto, de um negócio jurídico.

Trata-se de ato unilateral decorrente da autonomia privada que independe de concordância da outra parte. Sem resistência de uma das partes deixa de existir conflito de interesses. Caso a submissão seja endoprocessual, o juiz também nesse caso resolverá o mérito, nos termos do artigo 487, III, a, do CPC¹²⁷.

5.4 TRANSAÇÃO

Toda a temática que envolve os meios alternativos de resolução de conflitos, como já demonstrado, é permeada por inúmeras controvérsias terminológicas e classificatórias, e essas divergências acentuam-se aqui. Alguns autores entendem que transação é sinônimo de conciliação, outros falam em negociação, ou ainda em acordos¹²⁸.

Contudo, a transação não se trata de mero resultado da conciliação, mas de ato, que consiste no emprego mútuo de vontades, dos próprios envolvidos, que

¹²⁶ Op. cit., p. 108.

¹²⁷ **Art. 487, CPC:** Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

¹²⁸ Rodolfo de Camargo Mancuso, por exemplo, entende que, na verdade, a conciliação seria a técnica, ao passo que a transação, o seu resultado. Outrossim, para esse autor, a negociação seria uma conversa direta entre os envolvidos para alcançar comum resultado. Op. cit., p. 233.

observando o equilíbrio, promovem concessões recíprocas, com o propósito de eliminar a lide¹²⁹.

E mais, é vista como instrumento autônomo, ou ainda, como técnica autônoma de resolução de conflitos, sendo o acordo, por consequência, resultado da transação, assim como também o é de qualquer composição negociada.

A figura da transação está prevista no artigo 840, CC/02, que dispõe:

Art. 840. É lícito aos interessados prevenirem ou terminarem o litígio mediante concessões mútuas.

Segundo Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho os elementos constitutivos da transação são: a) o acordo de vontade entre as partes, pois se trata de negócio jurídico bilateral, b) a existência de relações controvertidas, c) o *animus* de prevenir ou eliminar o litígio e d) concessões recíprocas, dado que a relação jurídica é controvertida e não se sabe, efetivamente, de quem é a razão¹³⁰.

Havendo transação judicial, a mesma deverá se homologada pelo juiz¹³¹. Rodolfo de Camargo Mancuso relembra que a sentença e acordo se equivalem do ponto de vista da eficácia prática, pois ambos levam ao julgamento de mérito.

5.4.1 Transação judicial e extrajudicial de direitos indisponíveis

O direito brasileiro reconhece e tutela o instituto da transação. Contudo, de longa data, restringe seu âmbito de atuação aos direitos patrimoniais disponíveis. Essa compreensão é fruto tanto de uma repulsa à feição contratualista que é recorrentemente imposta à transação¹³², quanto da leitura do artigo 841 do código civil, que prevê:

Art. 841. Só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação.

¹²⁹ Segundo o dicionário Michaelis, transação, em termos jurídicos, é o ato pelo qual as partes, fazendo concessões recíprocas, evitam ou põem fim a um litígio. Disponível em: <<http://michaelis.uol.com.br/busca?r=0&f=0&t=0&palavra=transa%C3%A7%C3%A3o>>.

¹³⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona apud MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes, 2009, p. 111-112.

¹³¹ **Art. 487, CPC:** Haverá resolução de mérito quando o juiz: III - homologar: b) a transação;

¹³² VENTURI, Elton. **Transação de direitos indisponíveis?**. Disponível em: <http://www.academia.edu/31945966/TRANSA%C3%87%C3%83O_DE_DIREITOS_INDISPON%C3%8DVEIS> Acesso em 02 out. 2017.

A Constituição Federal não afirma a indisponibilidade dos direitos fundamentais¹³³. Essa classificação (direitos disponíveis e direitos indisponíveis) é eminentemente doutrinária e fundada na concepção de prevalência do interesse público sobre qualquer outro interesse.

Para Elton Venturi, a indisponibilidade é, na verdade, decorrência de uma política intervencionista e, supostamente garantista, do Estado que acaba por restringir a liberdade e autonomia da vontade do próprio titular do direito¹³⁴.

Fato é que, a simples categorização dos direitos em disponíveis e indisponíveis faz com que, discussões envolvendo essa última espécie de direitos fiquem restritas, exclusivamente, às soluções adjudicatórias e estejam sujeitas à suas ineficiências. Ressalte-se que qualificar um direito como indisponível é, inclusive, entrave que impede que as partes cheguem a soluções consensuais dentro do processo judicial.

Fernanda Tartuce expõe acertadamente que:

Ocorre, porém, que tal exclusão pura e simples não se mostra coerente com as criativas saídas que podem ser encetadas para os litígios. Muitas causas sobre tais matérias revelam-se aptas a serem eficazmente extintas pelas autocomposição (unilateral ou bilateral); tal circunstância revela a complexidade do assunto, que deve receber tratamento cuidadoso¹³⁵.

Essa opção pela indisponibilidade, todavia, não encontra mais respaldo na realidade do Judiciário brasileiro, porque se por um lado o Estado, sob o argumento da melhor proteção, destitui, o próprio titular do direito ameaçado, de sua autonomia privada e liberdade para tutelar seus interesses da forma que mais favoravelmente lhe convenha, em contrapartida, ele mesmo não é capaz de oferecer resposta adequada, célere e efetiva através do modelo processual adjudicatório. Portanto, o direito indisponível, em tese de maior ~~%fundamentalidade+~~, na prática, carece de proteção e fica refém da atuação adjudicatória estatal.

É importante lembrar que a transação não implica necessariamente em renúncia de direitos. É, segundo Venturi, uma forma legítima, adequada e

¹³³ Ibidem, p. 2.

¹³⁴ Ibidem, p. 2.

¹³⁵ Op. cit., p. 29.

democrática de dar proteção a um direito realizada de modo livre e consciente por aquele que é o legítimo titular do direito¹³⁶.

A realidade do ordenamento jurídico brasileiro, aos poucos, tem ganhado novos contornos, seja através da implantação gradual dos mecanismos alternativos de resolução de conflitos, seja pelas mudanças legislativas do novo Código de Processo Civil.

A lei de mediação também deu um passo inicial importante para romper com a lógica da indisponibilidade e inegociabilidade. Apesar de criticável a expressão usada pela lei, autorizou-se o uso da técnica da mediação para conflitos que versem sobre direitos indisponíveis, desde que admitam transação¹³⁷. Como dito, a classificação entre direitos disponíveis e indisponíveis não é legal e muito menos constitucional. Assim, restará aos intérpretes delimitar o âmbito de aplicabilidade desse dispositivo.

A tendência é certamente o reconhecimento de que a transação e demais meios alternativos de resolução de conflitos também possam versar sobre os chamados "direitos indisponíveis". Isso porque, ao Estado recai a tarefa de munir os cidadãos de todo e qualquer instrumento que seja capaz de proteger direitos.

5.5 NEGOCIAÇÃO

A negociação, assim como a transação, é um mecanismo autocompositivo bilateral de solução dos conflitos, porque não envolve a figura de um terceiro imparcial e porque conta com a participação efetiva de ambos os envolvidos¹³⁸.

Porém, André Luís Bergamaschi e Fernanda Tartuce afirmam que há certa inconsistência na aproximação entre negociação e transação, pois enquanto o

¹³⁶ Op. cit., p. 30-31.

¹³⁷ **Art. 3º, Lei nº 13.140/2015:** Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

¹³⁸ Daniela Monteiro Gabbay expõe que, "o elemento característico formal que distingue a negociação da mediação e da conciliação, é que à medida que a primeira resume-se a um relacionamento somente entre as partes, sendo, por isso, tratada como um mecanismo de autocomposição direta, as demais se qualificam pela presença de um terceiro imparcial, o mediador ou o conciliador". Op. cit., p. 47.

instituto da transação necessariamente implica concessões mútuas, na negociação, o acordo pode ser ou não fruto de concessões¹³⁹.

É possível negociar fazendo concessões recíprocas, mas também é possível negociar sem concessões. Em outras palavras, mesmo que as partes se afastem das posições inicialmente assumidas (ou que absolutamente não assumam posições) cedendo assim em suas posições, seus interesses subjacentes podem restar atendidos sem ser necessário comprometer o interesse alheio¹⁴⁰.

Os autores apontam ainda que, além de estabelecer critérios distintivos entre transação e negociação, é imprescindível também que se esclareça que nem todo mecanismo consensual de resolução de conflitos implica em concessão, isto é, que sempre haveria algo a perder, a fim de desconstruir um dos principais argumentos de resistência para a sua utilização¹⁴¹.

Segundo Fernanda Tartuce, a negociação permite que os próprios sujeitos em conflito alcancem uma solução, através de comunicação direta, de modo fluído, básico e barato. A autora ressalta que a negociação é um processo de comunicação em que duas ou mais pessoas decidem sobre a distribuição de valores escassos; em outras palavras negocia-se para se obter com o outro aquilo que sozinho não se obteria¹⁴².

José Rossani Garcez assevera que por se tratar de um mecanismo personalíssimo, ou seja, capaz de preservar a autonomia e autenticidade dos envolvidos, a negociação assegura durabilidade ao que foi acordado¹⁴³.

Em termos teóricos, a negociação é um mecanismo de resolução de conflitos bastante simples. Porém, na prática, pode vir a se tornar o mais complexo, porque sozinhas as partes devem detectar o ponto central do conflito e propor uma solução equilibrada, além disso, devem agir com responsabilidade, engajamento, cooperação e franco diálogo, o que nem sempre acontece. Nesses casos, a atuação de conciliadores e mediadores acaba sendo imprescindível.

¹³⁹ BERGAMASCHI, André Luís; Tartuce, Fernanda. **A solução negociada e a figura jurídica da transação: associação necessária?**. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/category/artigos/artigos-da-professora>> Acesso em 30 jun. 2017.

¹⁴⁰ Ibidem, p. 7.

¹⁴¹ Ibidem, p. 15.

¹⁴² Op. cit., p. 42.

¹⁴³ GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004, 2ª Ed., p. 1.

A negociação, portanto, é certamente a mais louvável de todas as técnicas de resolução de conflitos, visto que flexível e barata. É também muito versátil, pois pode ser usada em situações de conflito ou nas quais precisamos fazer uma escolha. Mas, pode ser também uma técnica empregada dentro de outros instrumentos de solução consensual, como a conciliação e a mediação. Nesses casos, estará aprimorada pela atuação de um terceiro capacitado e preparado para auxiliar os envolvidos.

5.6 CONCILIAÇÃO

A conciliação é já tradicional no direito brasileiro e, com o tempo, foi o meio alternativo de resolução de disputas que mais ganhou destaque dentro do Poder Judiciário, apesar de poder ser tanto judicial quanto extrajudicial, especialmente em razão da lei que instituiu os Juizados Especiais.

Os juizados especiais federais previdenciários dispõem de quadros de conciliadores que são designados para presidirem as audiências de conciliação e instrução. Esse ato busca, além da colheita da prova testemunhal, tentar conciliar as partes. Apesar de procedimentalmente assim ser, na prática, a audiência acaba se resumindo à mera colheita de provas. A conciliação frustrava-se totalmente, em razão do não comparecimento de ambas as partes na audiência.

O problema extrapola a competência dos próprios juizados e remete-se à alta carga de trabalho que está presente não só no Poder Judiciário, mas também no Poder Executivo. Apesar de ainda não comparecerem em audiência, os procuradores do INSS passaram a apresentar acordos escritos incidentalmente ao processo. Nesse caso, o autor é intimado para se manifestar acerca dos termos apresentados. Caso concorde, o processo é concluso e o acordo é homologado pelo juiz.

Assim, por vezes, embora frustrada a conciliação, que ocorreria em audiência, essa vem sendo uma outra forma de viabilizar o acordo, através da negociação, em matéria previdenciária, sem que para isso comprometa-se o trabalho dos procuradores e que está garantindo celeridade, especialmente aos benefícios de auxílio-doença, que são o maior número de ações tramitando nos Juizados Especiais Federais Previdenciários e os que demandam maior atenção.

Tecnicamente, a conciliação é classificada e conceituada como um meio alternativo de resolução de conflitos autocompositivo, que demanda a atuação de terceiro que auxilia os envolvidos a celebrar um acordo. Embora possa elaborar possíveis termos do acordo, esses são meramente sugestivos, prevalecendo-se a autonomia das partes.

O fato desse terceiro, em audiência, não ser o juiz fortalece ainda mais a possibilidade da solução consensual¹⁴⁴, pois garante a confidencialidade. Mas, isso não retira dos magistrados o dever de tentar conciliar as partes a todo e qualquer momento do processo.

Para Ada Pellegrini Grinover, a justiça conciliativa se reveste de uma funcionalidade tríplice. Primeiramente, assegura uma maior eficiência à prestação jurisdicional, ao melhorar o desempenho e funcionalidade da justiça. Em segundo lugar, é instrumento que assegura a pacificação social. E por fim, assegura uma maior participação da sociedade na administração da Justiça¹⁴⁵.

Cândido Rangel Dinamarco acredita que o poder de pacificação é muito grande na conciliação, pois além de encontrar o ponto de equilíbrio aceito para os termos de dois interesses conflitantes, geralmente logra também levar a paz ao próprio espírito das pessoas¹⁴⁶.

5.7 MEDIAÇÃO

A mediação existe desde os tempos mais remotos. Sua origem remonta aos povos antigos que dela se utilizavam para garantir a necessária união dentro do grupo, segundo Juan Carlos Vezzulla, e esteve presente de modo heterogêneo em

¹⁴⁴ **Art. 334, CPC:** Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência. § 1º O conciliador ou mediador, onde houver, atuará necessariamente na audiência de conciliação ou de mediação, observando o disposto neste Código, bem como as disposições da lei de organização judiciária.

¹⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa.** Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 2, n. 5, abr. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21448/fundamentos_justica_conciliativa.pdf> Acesso em 17 set. 2017.

¹⁴⁶ Op. cit., p. 403.

diversas civilizações¹⁴⁷. Seu elemento primário é a manutenção da paz e harmonia dentro da sociedade.

No final do século XVII, os usos de outras formas que não as formas legais de solução de disputas entraram em declínio. Entre os fatores, conforme Bergamaschi e Tartuce, estavam o aumento da população e fim do sentimento de comunidade, o desenvolvimento da indústria e comércio, o que tornou as disputas mais complexas, o aumento da aceitabilidade da *common law* e a substituição da cooperação por competitividade. A litigância assumiu então um papel fundamental na sociedade. O resgate e o desenvolvimento sistematizado da mediação nos EUA só vieram efetivamente com a Pound Conference em 1976¹⁴⁸.

Na América Latina, a preocupação com meios consensuais de resolução de conflitos só ganharam atenção em 1990. Na Colômbia, uma lei de 1991 criou uma série de mecanismos para descongestionar o Poder Judiciário, entre eles centros de mediação. Também em 1991, na Argentina, começou-se a elaborar o Plano Nacional de Mediação, até que em 1995 uma lei foi criada para instituir a mediação prévia judicial em caráter obrigatório¹⁴⁹.

No Brasil, já desde 1824 existiam previsões esparsas acerca de outros meios resolutivos de conflitos, como demonstrado acima. A partir dos anos 90 essas disposições se intensificam e é em 2015 que deixam de ser pontuais.

Atualmente, a mediação é o mecanismo de resolução de conflitos que mais ganhou força e visibilidade no Brasil, após a edição do NCPC e da Lei de mediação. Consiste em um mecanismo consensual de resolução de conflitos fundada na cooperação e no diálogo, facilitada pela atuação do mediador, terceiro imparcial que procura maximizar a visão dos envolvidos acerca do conflito, a fim de que esses sejam capazes de, por si mesmos, alcançarem respostas satisfatórias e eficazes para superarem seus impasses.

¹⁴⁷ MIRANDA, Ana Karine Pessoa Cavalcante. A mediação de conflitos como instrumento de acesso à justiça, inclusão social e pacificação social. In: SALES, Lília Maria de Moraes (Org.). **Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate**. Fortaleza: Gráfica Unifor, 2005, p.9.

¹⁴⁸ Op. cit, p. 6.

¹⁴⁹ Ibidem, p. 9.

Trata-se de instrumento autocompositivo, pois embora a presença do mediador seja imprescindível, a solução é construída consensualmente, através do protagonismo dos próprios sujeitos conflitantes¹⁵⁰. Portanto, no intuito de resguardar sua viabilidade, a opção pela mediação deve ser sempre voluntária.

Ademais, o mediador poderá ser escolhido pelas partes, em regra é alguém de sua confiança, ou selecionado, mediante distribuição de acordo com cadastros nacionais ou cadastros mantidos pelos tribunais. À ele recai a tarefa de garantir a igualdade das partes no momento da fala, a observância do contraditório e de sua imparcialidade¹⁵¹.

André Gomma de Azevedo destaca que a principal atribuição do terceiro imparcial, seja ele juiz, mediador, conciliador ou árbitro, é colaborar para que um processo destrutivo transforme-se em construtivo¹⁵².

Uma das características mais marcantes da mediação é sua flexibilidade, no que diz respeito ao seu procedimento. Basicamente, o procedimento da mediação consiste na realização de sessões individuais, caso necessário, e conjuntas, no intuito de que as partes, mediante o consenso, construam uma solução adequada ao conflito. Esse procedimento não deve iniciar-se com prazo final definido, por outro lado, não deve se prolongar em demasia, sob pena de se tornar ineficaz, cabendo ao mediador garantir que a mediação ocorra com duração razoável¹⁵³.

É importante ressaltar que, em que pese, haja grande espaço para a autonomia da vontade, isto é, não há limitação aos parâmetros legais, a solução encontrada não pode contrariar a ordem jurídica, daí a importância de um mediador ou co-mediador da área do direito. Interessante, portanto, seria a complementação

¹⁵⁰ Tartuza destaca que: "Como se percebe, as definições doutrinárias têm em comum o destaque à abordagem construtiva propiciada pela mediação, que conta com alguém isento e capacitado para contribuir na conversação de modo que os envolvidos possam assumir posturas protagonistas na abordagem da controvérsia". Op. cit., p. 177.

¹⁵¹ Gabbay fala na necessidade de observância de um devido processo legal mínimo, desdobrado nas previsões das normas constitucionais, infraconstitucionais e contratuais. Op. cit., p. 35.

¹⁵² AZEVEDO, André Gomma. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul, Editora Essere nel Mondo, 2015, 2ª Edição, p.25.

¹⁵³ Gabbay sintetiza que a flexibilidade procedimental revela-se na necessidade do processo se adequar ao conflito e não o conflito ao processo. Op. cit., p. 18.

desses parâmetros fornecidos pela lei com outros considerados relevantes e adequados ao caso.

Daniela Gabbay sintetiza que

Na mediação evita-se a polarização entre o vitorioso e derrotado da demanda (substituição do *winner-takes-all* pelo *win-win*), além de garantir maior criatividade no processo decisório, como chance de pensar *outside the box* e construir consensualmente a decisão.¹⁵⁴

Portanto, como será demonstrado, entre outros benefícios, a mediação se propõe a conservar as relações existentes entre as pessoas, por intermédio de soluções mais imediatas e menos custosas, pois nas palavras de Adolfo Braga Neto, a mediação de conflitos trabalha com pessoas e não casos¹⁵⁵.

5.7.1 Diferenças entre conciliação e mediação

Inicialmente, é preciso traçar alguns critérios que a distingam da conciliação, a fim de que se possa dar tratamento adequado aos conflitos. São dois os principais critérios utilizados pela doutrina para fazer essa diferenciação, o primeiro diz com o grau de atuação do mediador e do conciliador e o segundo, parte do tipo de relacionamento entre os conflitantes. Expliquemos.

O conciliador tem uma posição mais incisiva frente à discussão, porque pode opinar e inclusive propor caminhos que direcionam a composição, mas, em regra, sua atuação resume-se ao estabelecimento de parâmetros jurídicos voltados à busca pelo acordo.

Já o mediador desenvolve uma atuação suave, indireta, buscando sempre facilitar a comunicação. A ele não é dada a missão de decidir o conflito ou de sugerir soluções¹⁵⁶.

Luciane Moessa de Souza destaca que esse critério fundado na possibilidade ou não de terceiro sugerir soluções ao litígio, que havia sido adotado

¹⁵⁴ Ibidem, p. 18.

¹⁵⁵ NETO, Adolfo Braga. **Mediação de Conflitos**: Princípios e Norteadores. Revista da Faculdade de Direito UniRitter, Porto Alegre, n. 11, p. 29-46, 2010, p. 20.

¹⁵⁶ Humberto Pinho pontua que o mediador não tem a tarefa de decidir, e que à ele não foi dada autorização para tanto. Op. cit., p. 223.

pelo artigo 135, §1º e 2º, do anteprojeto do novo CPC¹⁵⁷, mas que não foi mantido na atual redação, é

Absolutamente inadequado para distinguir entre os dois métodos, por várias razões: a) não é possível ou sequer necessário controlar se houve ou não sugestão de conteúdo para o acordo por parte do terceiro que atuou junto às partes na solução do conflito . não importa efetivamente saber de quem partiu a ideia ou proposta que foi aceita pelas partes em litígio, o que importa é verificar se ela foi livremente aceita, por resolver de maneira satisfatória o conflito, atendendo a todos os interesses essenciais dos envolvidos; b) a formulação ou não de propostas de solução pelo terceiro é algo que pode ou não ocorrer conforme o contexto, já que o diálogo poderá fluir mais ou menos naturalmente em cada caso concreto, a depender da postura das partes, e a apresentação de possibilidades de solução pelo terceiro pode servir apenas para alimentar este diálogo, mesmo que ela seja rechaçada por todos os envolvidos, que podem passar, a partir daí, a apresentar suas próprias alternativas de solução.¹⁵⁸

Não obstante, esses critérios orientarem a postura de conciliadores e mediadores, não é de grande relevância para auxiliar os envolvidos e os servidores da justiça multiportas a identificarem quando um conflito será adequado ao procedimento da mediação ou da conciliação. O critério a ser observado então diz com a existência de relacionamentos habituais ou episódicos entre as partes.

A doutrina entende que a conciliação é adequada para manejar conflitos que envolvam relacionamentos situacionais, isto é, aqueles que são frutos da situação conflitiva. Em regra, resolvido o conflito eles deixam de se relacionar. Por exemplo, relações de consumo e relações decorrentes de acidentes de trânsito.

A mediação, por outro lado, é direcionada aos conflitos decorrentes de relacionamentos interpessoais continuados, ou seja, aqueles em que os sujeitos já estavam entrelaçados por vínculos prévios ao conflito e que possivelmente permanecerão a existir mesmo após sua resolução. São vínculos que devem ser preservados.

Como exemplo, podemos citar as relações do direito de família, do direito de vizinhança e de contratos continuados. Mas, não só. Também podemos pensar a mediação como instrumento adequado para conflitos que envolvem o Poder Público,

¹⁵⁷ **Art. 135, do anteprojeto do novo CPC:** A realização de conciliação ou mediação deverá ser estimulada por magistrados, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. § 1º O conciliador poderá sugerir soluções para o litígio. § 2º O mediador auxiliará as pessoas em conflito a identificarem, por si mesmas, alternativas de benefício mútuo.

¹⁵⁸ Op. cit., p. 206-207.

já que há um relacionamento constante e duradouro entre o Estado e seus cidadãos¹⁵⁹.

Lília Maia de Moraes Sales defende que,

A diferença fundamental entre a mediação e a conciliação reside no conteúdo de cada instituto. Na conciliação o objetivo é o acordo, ou seja, as partes, mesmo adversárias devem chegar a um acordo para evitar o processo judicial. Na mediação as partes não devem ser entendidas como adversárias e o acordo é a consequência da real comunicação entre as partes. Na conciliação, o conciliador sugere, interfere, aconselha. Na mediação, o mediador facilita a comunicação, sem induzir as partes ao acordo¹⁶⁰.

A tarefa do mediador é, conseqüentemente, mais minuciosa e cuidadosa porque deve trabalhar também com as questões sentimentais envolvidas e observar o contexto subjacente ao conflito, além de, auxiliar os envolvidos na compreensão dos interesses em choque, deve também facilitar o reestabelecimento dos canais de comunicação. A mediação abrange, assim, a integralidade do conflito¹⁶¹.

Essa distinção não implica dizer que a conciliação não cabe para relações continuadas e que a mediação é inviável para relações situacionais, apenas demonstra critérios para trabalhar adequadamente com os conflitos.

Além dos critérios de diferenciação do papel do terceiro imparcial (conciliador *versus* mediador) e das relações sociais envolvidas (habituais *versus* situacionais), há também outros elementos que permitem diferenciar esses instrumentos de resolução de conflitos.

Quanto à finalidade, Luis Alberto Warat, evidencia que o procedimento da mediação tem escopo muito mais complexo que a mera pretensão de obtenção de acordo da conciliação, pois, segundo ele: %o objetivo da mediação não seria o acordo, mas a mudança das pessoas e de seus sentimentos+¹⁶².

¹⁵⁹ Ibidem, p. 222.

¹⁶⁰ SALES, Lília Maia de Moraes apud TARTUCE, Fernanda, 2016, p. 180.

¹⁶¹ Daniela Gabbay afirma que enquanto no processo judicial, a tarefa do juiz se restringe à análise, na exata medida, do que foi levado até ele, através do pedido do autor, na mediação, o conflito não se submete à esse descolamento com o plano fático. Op. cit., p. 24-25. Destaque-se o posicionamento de Liebman: %Desse modo, o conflito de interesses não entra para o processo tal como se manifestou na vida real, mas só indiretamente, na feição e configuração que lhe deu o autor em seu pedido.+Ibidem, p. 25.

¹⁶² WARAT, Luis Alberto apud PINHO, Humberto, 2011, p. 223.

Quanto à satisfação de interesses, Tânia Almeida retrata que, enquanto a conciliação ainda guarda resquícios de um viés adversarial e, por isso, os envolvidos buscam apenas a satisfação de sua demanda pessoal, na mediação, a busca é pela satisfação mútua de interesses. A autora ainda aponta que a conciliação pauta-se em um enfoque monodisciplinar (apenas jurídico), ao passo que a mediação certamente trabalha com a multidisciplinariedade¹⁶³.

Outra importante diferença, agora entre mediação, conciliação e a adjudicação é que, enquanto estas se preocupam com a reconstrução dos fatos pretéritos, aquela é totalmente voltada para o futuro. Além de se empenhar em manter a continuidade dos relacionamentos, a mediação reabre os canais de diálogo, pacifica aspectos que não só os jurídicos e capacita as partes para que possam lidar com situações semelhantes que venham a surgir. É definitivamente uma solução de longo prazo.

Tanto é assim que, quando a mediação é executada de modo satisfatório, permite que, em eventos futuros, as partes estejam habilitadas a resolverem consensualmente seus conflitos, sem a intervenção de terceiro, através de negociação¹⁶⁴.

Assim, a mediação ganhou importante espaço como meio alternativo de resolução de conflitos. Seus objetivos são amplos, desde aspectos internos do conflito, que dizem respeito somente as partes, como o reestabelecimento da comunicação e a manutenção do relacionamento entre os envolvidos, até aspectos externos, que impactam a sociedade e o direito, como a pacificação social e a prevenção de conflitos.

Esses são os verdadeiros escopos da mediação. Não se trata de simples busca pelo acordo, como ocorre na conciliação, e seu sucesso não está adstrito à realização do termo de acordo, mas como dito, na capacitação e satisfação das partes.

¹⁶³ ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul, Editora Essere nel Mondo, 2015, 2ª Edição, p. 87.

¹⁶⁴ SOUZA, Luciane Moessa, op. cit., p. 208.

Apesar de não estar vinculada a um modelo procedimental e formal único, em razão de sua flexibilidade e da autonomia das partes, é necessário organizar de que forma a mediação ocorrerá. Costuma-se falar que a mediação possui três fases: a pré-mediação, as sessões individuais e as sessões conjuntas.

Durante a pré-mediação, etapa meramente preparatória, o mediador deve fornecer todas as informações necessárias acerca do método a ser empregado, em que consiste, como será realizado, qual o seu papel, a fim de que o princípio da decisão informada seja observado. Deverá informar ainda que todas as informações estarão protegidas pela confidencialidade¹⁶⁵ e que a solução caberá as partes¹⁶⁶.

Após, ocorrerão sessões em que o mediador ouvirá o relato de cada uma das partes separadamente, caso seja necessário, até que estejam prontas para participarem de sessões conjuntas.

José Maria Garcez ao esquematizar o procedimento da mediação expõe que, após a fase de pré-mediação, haverá o relato e a escuta ativa do mediador, a abertura e facilitação da comunicação direta entre as partes, definição de pontos importantes e estabelecimento de uma agenda, construção e ratificação do acordo (quando possível), redação das conclusões finais e caso necessário, do acordo¹⁶⁷.

Esse é apenas um, ainda que o mais frequente, dos arquétipos que podem ser construídos pelas partes, por isso uma mediação nunca será idêntica à outra. Vale aqui a criatividade e adequação àquilo que se mostrar necessário para reestabelecer as vias de comunicação.

5.7.2 Princípios informadores da mediação

Preocupado com a atuação ética e compromissada de mediadores e conciliadores e com o desenvolvimento de um procedimento limpo e incólume, o

¹⁶⁵ **Art. 14, Lei nº 13.140/2015:** No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento. Lei de mediação.

¹⁶⁶ Conforme os ensinamentos de Tânia Almeida: ~~Na~~ pré-mediação, um mediador ouve os envolvidos sobre os motivos que os trazem a mediação, a fim de identificar se a escolha do instrumento é pertinente e de eleger um mediador que guarde independência com relação as partes e ao tema. Nessa etapa, é feito o convite para um trabalho que visa atender interesses e necessidades de ambas as partes e atingir uma consequente postura de diálogo . não de debate -, e de colaboração . não de competição+. Op. cit., p. 87.

¹⁶⁷ Op. cit., p. 46.

legislador elegeu e positivou os principais princípios informadores da mediação e conciliação.

Segundo o art. 166, do CPC/2015, mediação e conciliação se desenvolverão com independência, imparcialidade, confidencialidade, oralidade, informalidade, privilegiando-se a autonomia da vontade e a decisão informada¹⁶⁸.

A lei de mediação, a seu turno, elencou como princípios orientadores da mediação, além daqueles já previstos no CPC, a isonomia, a busca do consenso e a boa-fé¹⁶⁹.

A imparcialidade é pressuposto de qualquer mecanismo de resolução de conflitos que envolvem um terceiro, seja heterocompositivo seja autocompositivo, pois seria completamente inadmissível a atuação tendenciosa daquele que tem o poder de decidir ou mesmo daquele que, ainda que não possa decidir, é responsável pela orientação dos envolvidos.

A independência é pré-requisito da imparcialidade, pois a atuação dos mediadores deve ser livre e autônoma, isto é, sem interferências e influências que direcionem sua atuação.

Ainda, a garantia de autonomia da vontade das partes é também requisito essencial de todo e qualquer meio consensual de resolução de conflitos. É instrumento que, nas palavras de Luciane de Souza, *“deve às partes o poder para construir a solução mais apropriada para o seu conflito”*¹⁷⁰. O reconhecimento da autonomia enquanto princípio orientador fortalece a posição de protagonismo assumida pelas partes e reveste de suas escolhas de supremacia.

A autonomia realiza-se, por exemplo, na possibilidade de escolha do mediador ou conciliador pelos próprios envolvidos, ou ainda, na fixação de regras

¹⁶⁸ **Art. 166, CPC:** A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

¹⁶⁹ **Art. 2º, Lei nº 13.140/2015:** A mediação será orientada pelos seguintes princípios: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé.

¹⁷⁰ Op. cit, p. 238.

procedimentais¹⁷¹. Além disso, ninguém estará obrigado a permanecer em procedimento algum de resolução consensual de conflitos.

Mas, como muito bem expõe Fernanda Tartuce, não se pode exercer plena autonomia da vontade, sem que se conheçam as opções disponíveis¹⁷². Daí decorre a necessidade promover informação e o dever de todos aqueles que se deparam com a situação conflituosa, sejam juízes, advogados, servidores ou mediadores, de cientificar os envolvidos acerca de seus direitos e das portas acessíveis para a resolução do conflito. Só assim as partes poderão tomar decisões informadas.

O princípio da informalidade deve ser observado aqui como garantia de que cada procedimento de mediação seja flexível e, portanto, capaz de se adequar às peculiaridades presentes em cada caso concreto. Não há regras prévias e fixas acerca do procedimento a ser empregado, até mesmo para facilitar a comunicação entre os envolvidos, privilegiando-se a oralidade.

Ademais, não se exige formalização do acordo obtido entre as partes, extrajudicialmente, ante os princípios da oralidade e da autonomia da vontade. Cabe aos próprios envolvidos decidir como se dará o registro da solução consensual¹⁷³.

A principal discussão vem quanto à confidencialidade. O CPC garante o sigilo de todas as informações produzidas no curso do procedimento, sendo que essas só poderão ser utilizadas para os fins estabelecidos pelas partes¹⁷⁴.

É componente importante da mediação, porque permite o diálogo mais franco entre os envolvidos. Ademais, cria um sentimento de segurança que desinibe as partes na hora de fazer propostas, porque o sigilo deve ser respeitado por todos

¹⁷¹ **Art. 166, § 4º, CPC:** A mediação e a conciliação serão regidas conforme a livre autonomia dos interessados, inclusive no que diz respeito à definição das regras procedimentais.

¹⁷² Op. cit., p. 192.

¹⁷³ Fernanda Tartuce relembra que tendo o conflito sido tratado e resolvido efetivamente, eventual acordo deriva da vontade livre e consciente dos envolvidos, que pode conduzir ao cumprimento espontâneo e dispensar a formalização do pacto por escrito. Op. cit., p. 203.

¹⁷⁴ **Art. 166, CPC:** A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada. § 1º A confidencialidade estende-se a todas as informações produzidas no curso do procedimento, cujo teor não poderá ser utilizado para fim diverso daquele previsto por expressa deliberação das partes. § 2º Em razão do dever de sigilo, inerente às suas funções, o conciliador e o mediador, assim como os membros de suas equipes, não poderão divulgar ou depor acerca de fatos ou elementos oriundos da conciliação ou da mediação.

aqueles que tiveram contato, seja direto, seja indireto, com o procedimento de mediação¹⁷⁵.

Através desses princípios informadores elencados tanto no CPC, quanto na lei de mediação, o legislador procurou estabelecer parâmetros valorativos mínimos que orientem a boa condução desses mecanismos alternativos de resolução de conflitos, ainda que seu escopo não seja o de uma regulamentação exaustiva, visto que a mediação não possui nem forma rigorosa nem pré-estabelecida.

5.7.3 Lei de mediação de conflitos

Em 2015 foi aprovada a Lei nº 13.140, após a sucessão de diversos projetos de lei e o trâmite prolongado desses por mais de dez anos, que regulamenta a mediação, enquanto mecanismo de resolução de conflitos que envolvam tanto particulares, quanto a Administração Pública.

A ausência de um marco legal que estabelecesse regras, ainda que gerais, para o procedimento de mediação gerava certa insegurança no mundo jurídico. Por outro lado, alguns autores se opunham às amarras legais¹⁷⁶. Com o seu advento, especialmente no que diz respeito à mediação e entes públicos, algumas discussões surgiram.

A lei está dividida em três capítulos, o capítulo I, que regula a mediação em âmbito privado, o capítulo II, que versa sobre a autocomposição em que for parte pessoa jurídica de direito público e o capítulo III, que traz as disposições finais. Abordaremos em seguida os principais aspectos da lei.

Inicialmente é de se destacar que a Lei 13.140/2015 adotou, para a conceituação da mediação, o critério da atuação do mediador, isto é, %atividade

¹⁷⁵ **Art. 30, § 1º, Lei nº 13.140/2015:** O dever de confidencialidade aplica-se ao mediador, às partes, a seus prepostos, advogados, assessores técnicos e a outras pessoas de sua confiança que tenham, direta ou indiretamente, participado do procedimento de mediação, alcançando: I - declaração, opinião, sugestão, promessa ou proposta formulada por uma parte à outra na busca de entendimento para o conflito; II - reconhecimento de fato por qualquer das partes no curso do procedimento de mediação; III - manifestação de aceitação de proposta de acordo apresentada pelo mediador; IV - documento preparado unicamente para os fins do procedimento de mediação.

¹⁷⁶ TARTUCE, Fernanda. **Mediação no novo CPC:** questionamentos reflexivos. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wpcontent/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>> Acesso em 12 jul. 2017, p.2.

técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório¹⁷⁷. A lei nada dispõe acerca do tipo de litígio adequado à mediação, sendo dever do mediador e dos demais auxiliares da Justiça, se a mediação for incidental ao processo, informar as partes acerca das vantagens e desvantagens desse instrumento para o caso em análise.

O §2º, do artigo 2º da lei de mediação¹⁷⁸ deve ser lido em conjunto com o artigo 27, da mesma lei¹⁷⁹ e o artigo 334, *caput*, do CPC¹⁸⁰. Esse artigo do CPC que prevê a obrigatoriedade da audiência de mediação e conciliação foi muito criticado, por se entender que violaria a autonomia das partes e a voluntariedade inerente aos meios consensuais de resolução de conflitos.

Todavia, a leitura conjunta dos artigos permite concluir que ninguém será obrigado a alcançar o acordo, nem mesmo a permanecer em procedimento de mediação ou conciliação. O que certamente não afronta nem a autonomia das partes nem a voluntariedade. Por outro lado, assegura a inafastabilidade da jurisdição, ao permitir que as partes possam recorrer ao Judiciário, se assim desejarem, para solucionar o conflito.

O art. 3º, *caput*,¹⁸¹ por sua vez, não satisfaz as expectativas, apesar de tornar possível a mediação tanto para conflitos que versem sobre direitos disponíveis quanto indisponíveis que admitam transação, como já foi levantado em tópico acima.

A Lei 13.140/2015 possibilitou tanto a mediação extrajudicial quanto judicial, definindo que nesse ultimo caso o processo ficará suspenso por prazo razoável para

¹⁷⁷ **Art. 1º, Lei nº 13.140/2015:** Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

¹⁷⁸ **Art. 2º, § 2º, Lei nº 13.140/2015:** Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

¹⁷⁹ **Art. 27, Lei nº 13.140/2015:** Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação.

¹⁸⁰ **Art. 334, CPC:** Se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de conciliação ou de mediação com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, devendo ser citado o réu com pelo menos 20 (vinte) dias de antecedência.

¹⁸¹ **Art. 3º, Lei nº 13.140/2015:** Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.

a realização do procedimento de mediação¹⁸². O artigo 28, da lei¹⁸³, entretanto, definiu que esse procedimento terá duração de no máximo sessenta dias, sendo possível a sua prorrogação, desde que as partes estejam de comum acordo.

Apesar de não ser recomendado fixar um limite temporal para a duração da mediação, visto que nenhuma mediação é igual à outra, a disposição do artigo 28 procura assegurar a duração razoável do processo judicial que estará suspenso. Além disso, o artigo não limita temporalmente o processo de mediação de forma definitiva possibilitando sua prorrogação.

O artigo 22, da lei de mediação¹⁸⁴, prevê a possibilidade de estabelecimento de penalidades àquele que descumprir cláusula compromissória de mediação, sendo esta cláusula, portanto, obrigatória. O seu descumprimento, contudo, não poderá ensejar a realização forçada do procedimento de mediação, até mesmo em razão de vedação expressa¹⁸⁵ e de flagrante incompatibilidade com seu caráter eminentemente voluntário.

O artigo 24, da Lei 13.140/2015, viabiliza a institucionalização da justiça multiportas, através da criação de centros judiciários de solução de conflitos¹⁸⁶, em redação praticamente idêntica ao artigo 165, do CPC¹⁸⁷. O artigo apenas acrescenta, expressamente, que as sessões e audiências de mediação e conciliação nesses centros judiciários poderão ser realizadas independentemente de processo judicial em curso.

¹⁸² **Art. 16, Lei nº 13.140/2015:** Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

¹⁸³ **Art. 28, Lei nº 13.140/2015:** O procedimento de mediação judicial deverá ser concluído em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação.

¹⁸⁴ **Art. 22, caput, Lei nº 13.140/2015:** A previsão contratual de mediação deverá conter, no mínimo: I - prazo mínimo e máximo para a realização da primeira reunião de mediação, contado a partir da data de recebimento do convite; II - local da primeira reunião de mediação; III - critérios de escolha do mediador ou equipe de mediação; IV - penalidade em caso de não comparecimento da parte convidada à primeira reunião de mediação.

¹⁸⁵ **Art. 2º, §2º, Lei nº 13.140/2015:** Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

¹⁸⁶ **Art. 24, Lei nº 13.140/2015:** Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

¹⁸⁷ **Art. 165, CPC:** Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

A compatibilização desse artigo da lei de mediação com o CPC e com a resolução nº 125 do CNJ vem em compasso com a tendência, presente também em outros países, de aperfeiçoamento do sistema de justiça, através do oferecimento de tutela adequada ao tipo de controvérsia em análise. A conjunção desses dispositivos estrutura o arquétipo necessário para a abertura de novas portas, sem que para isso, outras se fechem. Ada Grinover chamou essa conjunção de *“minissistema de métodos consensuais de conflitos”*¹⁸⁸.

No capítulo II, a lei traz o regime aplicável a autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de direito público. Traçando breves comentários a essa temática, é indispensável dizer que a Administração Pública é regida por um regime jurídico diferenciado, pautado pelo que muitos defendem como indisponibilidade do interesse público.

A indisponibilidade, por muito tempo, foi utilizada como argumento doutrinário para inviabilizar a solução consensual de conflitos que envolvessem o Poder Público. No entanto, essa mentalidade veio sendo alterada, através de diversos diplomas legislativos¹⁸⁹, em razão da necessidade de se garantir acesso à justiça e de observar o princípio da eficiência.

Hoje, a via consensual é permitida aos entes públicos tanto se o conflito envolver direitos disponíveis ou indisponíveis, pois a indisponibilidade não é sinônimo de intransigibilidade¹⁹⁰.

O cabimento de meios alternativos de resolução de conflitos que envolvam o Poder Público é plenamente possível, tanto para conflitos externos, isto é, entre os entes públicos e particulares, quanto internos, ou seja, apenas entre entes públicos.

¹⁸⁸ Op. cit., p. 2.

¹⁸⁹ A Lei 9.469/97 regulamentou a possibilidade prevista na Lei Complementar 73/93, do Advogado-Geral da União e outros, diretamente ou indiretamente, mediante delegação, autorizar a realização de acordos ou transações judiciais ou extrajudiciais. Essa previsão foi melhorada e passou a incorporar a lei dos Juizados Especiais Federais permitindo que os representantes da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais concilhassem ou transigissem nos processos de sua competência, não tendo, a lei, restringindo essa possibilidade apenas a direitos disponíveis.

¹⁹⁰ Veja-se, por exemplo, os seguintes artigos que dispõem sobre direito trabalhista e tributário: **Art. 627-A, CLT:** Poderá ser instaurado procedimento especial para a ação fiscal, objetivando a orientação sobre o cumprimento das leis de proteção ao trabalho, bem como a prevenção e o saneamento de infrações à legislação mediante Termo de Compromisso, na forma a ser disciplinada no Regulamento da Inspeção do Trabalho. **Art. 156, CTN:** Extinguem o crédito tributário: III - a transação.

Porém, Luciane de Souza Moessa aponta que, para que a via consensual seja válida, o Poder Público deve observar três princípios: o princípio da legalidade, enquanto moldura que traça os limites para a formulação de acordos e para o procedimento empregado, o princípio da isonomia, enquanto garantia de mesma solução para todos aqueles que se encaixem na situação fática e, da publicidade, sendo essa a regra, e a confidencialidade a exceção, devendo, portanto, ser seu afastamento sempre justificado¹⁹¹.

No capítulo III, das disposições finais, o parágrafo único, do artigo 42, vem sendo bastante questionado, ao dispor que a mediação no direito do trabalho será regulada por lei própria. Fernanda Tartuce aponta que o projeto de lei continha disposição expressa acerca da aplicabilidade da lei na seara trabalhista, mas que acabou sendo retirada, em razão de nota técnica apresentada pela Associação Nacional dos Magistrados Trabalhistas (ANAMATRA), que defendeu a incompatibilidade do instituto com as normas de direito público, portanto, indisponíveis, do direito do trabalho¹⁹².

Novamente a indisponibilidade aparece como argumento para afastar a aplicabilidade dos meios de resolução consensuais de conflito. O que se espera é que essa lei venha a regulamentar a mediação em prazo razoável. Ademais, deverá ser capaz de sopesar as peculiaridades inerentes ao conflito trabalhista, a fim de que não surjam novos empecilhos ao cabimento da mediação.

A regulamentação da mediação, através da Lei nº 11.140/2015, foi apenas o primeiro passo a ser dado. Sabemos que a lei, por si só, não é capaz de transformar a realidade e cultura litigiosa arraigada no Brasil. Agora, é preciso investir na disseminação de informação acerca dos meios alternativos de resolução de conflitos, não só entre os novos profissionais do Direito, mas também entre aqueles que já são juízes, advogados, promotores e auxiliares da justiça. Recairá sobre eles

¹⁹¹ SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos envolvendo entes públicos. In SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Mediação de conflitos**: novo paradigma de acesso à justiça. Santa Cruz do Sul, Editora Essere nel Mondo, 2015, 2ª Edição, p. 336-338.

¹⁹² Segundo a nota da ANAMATRA: a pretensão legislativa de aplicação da mediação no âmbito das relações de trabalho é medida que afronta a essência própria do direito do trabalho, bem como o patamar mínimo de dignidade conferido ao trabalhador. Tal inviabilidade decorre do fato de que as normas de direito do trabalho são normas de ordem pública, assim consideradas porque estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito, sendo que a ordem pública interna denota a impossibilidade de disponibilidade pela vontade privada. Op. cit., p. 267.

o dever de orientação dos jurisdicionados e de %popularização+ desses novos instrumentos. O segundo passo será eminentemente pedagógico.

Deve-se, por fim, retomar a ideia de que o procedimento de mediação não é único, nem rígido. A lei trouxe apenas alguns parâmetros mínimos de orientação que não devem ser interpretados restritivamente a ponto de engessar o procedimento e afrontar a autonomia e informalidade que devem regê-lo.

6. CONCLUSÃO

O calcanhar de Aquiles do direito processual é hoje a moderna concepção do direito de acesso à justiça, porque longe da noção de acesso formal aos tribunais, busca-se a garantia material de uma tutela efetiva, adequada e em tempo razoável. Contudo, esse direito nem sempre se materializa pelo modelo de pacificação social contemplado nos códigos e utilizado pelo Judiciário para cumprir sua tarefa constitucional.

O modelo adjudicatório é reflexo de uma cultura social, que desvaloriza outros instrumentos e que é marcada pelo individualismo e pelo desprezo ao diálogo, mas também por uma cultura acadêmica, que se restringe ao estudo da lei e de aspectos formais que, entretanto, acabou prevalecendo na realidade diária dos tribunais.

Apesar de tardiamente, o movimento de acesso à justiça chega ao Brasil nos anos 90. Após diversas mudanças legislativas e de reestruturação do Judiciário, estamos caminhando para o aprimoramento de nosso sistema de justiça. Hoje, o Brasil vive o ápice, isto é, está na ~~cr~~rista+da terceira onda renovatória do acesso à justiça, idealizada por Cappelletti, que procura instrumentalizar outras formas de resolução de conflitos.

Essa onda já havia sido enfrentada pelos EUA, através do desenvolvimento do modelo multiportas, que serviu de inspiração para o Brasil. Assim, observando o direcionamento que já vinha sendo dado pela Resolução nº 125 do CNJ, o novo código de processo civil institucionalizou e deu novo enfoque aos meios alternativos de resolução de conflitos, inclusive no intuito de oxigenar o Judiciário.

Não podemos dizer que houve a criação novos mecanismos de resolução de conflitos, mas, tão somente o reconhecimento e a equalização dos demais instrumentos com o processo judicial. Os meios autocompositivos já possuíram um papel de primazia na resolução de conflitos, porém, com o advento do Estado e a centralização dos conflitos no Poder Judiciário, acabaram perdendo força. Hoje, contudo, ressurgem na busca pela conquista de espaços próprios de atuação.

São instrumentos, que ao lado do processo judicial, propõem-se à pacificação social, a materialização de direitos e a prevenção de conflitos. Mas que,

além desses escopos comuns, agregam ainda, a possibilidade de restabelecimento dos canais de comunicação, preservação do relacionamento entre as partes e possibilidade de dar visibilidade a outros aspectos do conflito até então marginalizados pelo direito.

Entretanto, a fim de maximizar a aplicabilidade de cada instrumento e intensificar a busca pela promoção de justiça e pacificação social, todos os meios de resolução de conflitos devem cooperar entre si. Uma porta não deve se sobrepor à outra. E, por isso, os critérios que orientam a abertura de cada uma dessas portas tem importância fundamental. São vetores na materialização de uma tutela adequada.

A garantia de uma tutela efetiva vem de encontro ao suporte necessário que se espera do Judiciário. Ele é um dos principais atores capazes de, através de sua função pedagógica, incentivar o uso das novas portas e, com isso, alterar a ~~cul~~ cultura da adjudicação+, tão presente na realidade brasileira. Advogados, membros do Ministério Público e da Defensoria Pública também possuem papel fundamental na implementação do modelo multiportas.

Ademais, defende-se ainda que a audiência de conciliação ou mediação regulada pelo CPC/15 é obrigatória, enquanto ato processual necessário para o regular andamento do feito. Até mesmo, porque incentiva os meios autocompositivos de resolução de conflitos, permite que o magistrado cumpra o seu dever de orientar as partes sobre a via consensual e elimina a incerteza de seu cabimento, resguardando à adjudicação um papel residual.

Como reflexo indireto e a longo prazo dessa política pública podemos esperar a possível redução no número de demandas judiciais. Mas, ainda que hoje a atuação estatal seja traçada por uma lógica eficientista, esse objetivo não deve ser esperado de modo direto e imediato.

Seja qual for o meio de resolução dos conflitos empregado e seja qual for seu propósito (garantir o tratamento adequado, o direito de acesso à justiça e/ou o respeito à ordem constitucional), deve-se sempre assegurar a observância do devido processo legal, em especial, o contraditório e a isonomia nos momentos de fala, o pleno acesso à informação, o equilíbrio entre as partes, a justiça das decisões e o

cumprimento daquilo que restar acordado. Pois, sem isso, tanto a autocomposição quanto a adjudicação afastam-se de um modelo de justiça democrático.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Tânia. Mediação e conciliação: dois paradigmas distintos, duas práticas diversas. In SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul, Editora Essere nel Mondo, 2015, 2ª Edição.

_____. **Mediação de conflitos: um meio de prevenção e resolução de controvérsias em sintonia com a atualidade**. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/2016/03/01/mediacao-de-conflitos-um-meio-de-prevencao-e-resolucao-de-controversias-em-sintonia-com-a-atualidade/>> Acesso em 21 set. 2017.

ALMEIDA, Tânia; BAYER, Sandra; LEVY, Fernanda; LORENCINI, Marco; MANDELBAUM, Helena; NETO, Adolfo Braga. **Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça: leitura comentada**. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/2016/03/07/resolucao-n-125-do-conselho-nacional-de-justica-leitura-comentada/>> Acesso em 17 jun. 2017.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Acesso à justiça e efetividade do processo**. Curitiba, Editora Juruá, 2001.

AZEVEDO, André Gomma. Fatores de efetividade de processos de resolução de disputas: uma análise sob a perspectiva construtivista. In SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul, Editora Essere nel Mondo, 2015, 2ª Edição.

AZEVEDO, André Gomma. Perspectivas metodológicas do processo de mediação: apontamentos sobre a autocomposição no direito processual. In AZEVEDO, André Gomma (Org.). **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**, Vol. 2, Brasília: grupos de pesquisa, 2003. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2>> Acesso em 26 jul. 2017.

BACELLAR, Roberto Portugal. Sustentabilidade do Poder Judiciário e a mediação na sociedade brasileira. . In SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul, Editora Essere nel Mondo, 2015, 2ª Edição.

BEDIN, Gabriel de Lima; SPENGLER, Fabiana Marion. Direito de Acesso à Justiça como concretização dos direitos humanos: garantias no âmbito nacional e internacional. In SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antônio (Org.). **Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação**, Curitiba, Multideia, 2013.

BERGAMASCHI, André Luís; Tartuce, Fernanda. **A solução negociada e a figura jurídica da transação: associação necessária?**. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/category/artigos/artigos-da-professora>> Acesso em 30 jun. 2017.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano de realização do direito, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2ª Edição, 2008.

BRAGA NETO, Adolfo; LEVY, Fernanda; MANDELBAUM, Helena; BAYER, LORENCINI, Marco; Sandra; ALMEIDA, Tânia. **Resolução nº 125 do Conselho Nacional de Justiça**: leitura comentada. Disponível em: <<http://www.mediare.com.br/2016/03/07/resolucao-n-125-do-conselho-nacional-de-justica-leitura-comentada/>> Acesso em 05 jul. 2017.

BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de processo civil (1973)**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm> Acesso em 03 mai. 2017.

_____. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. **Altera dispositivos do CPC**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8952.htm> Acesso em 09 set. 2017.

_____. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os juizados especiais cíveis e criminais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm> Acesso em 15 jun. 2017.

_____. Lei nº 10.444, de 07 de maio de 2002. **Altera dispositivos do CPC**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10444.htm> Acesso em 09 set. 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm> Acesso em 16 jun. 2017.

_____. Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007. **Altera dispositivos do CPC**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/l11441.htm> Acesso em 09 set. 2017.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de processo civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em 03 mai. 2017.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. **Dispõe sobre a mediação**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/Lei/L13140.htm> Acesso em 10 set. 2017.

_____. Constituição Federal (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_acompilado.htm> Acesso em 27 mar. 2017.

_____. Constituição (1824). **Constituição política do império do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_24.htm> Acesso em 27 mar. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução nº 125**, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>> Acesso em 05 mar. 2017.

BRUNO, Susana. **Conciliação**: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do jurisdicionado. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CAMARGO, Daniel Marques de. CARVALHO, Felipe Botelho Fernandes Leonel de. O processo como instrumento concretizador (ou negação) de princípios jusfundamentais, p. 83. In SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de (Org). **Acesso à justiça**: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica. São Paulo, Boreal Editora, 2012.

DEUTSCH, Morton. A resolução do conflito. In: AZEVEDO, André Gomma (org.). Estudos em arbitragem, mediação e negociação, v.3, Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao/vol3/parte-ii-doutrina-parte-especial/a-resolucao-do-conflito>> Acesso em 26 set 2017.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1987.

FALECK, Diego. TARTUCE, Fernanda. **Introdução histórica e modelos de mediação**. Disponível em: <www.fernandatartuce.com.br/artigosdaprofessora> Acesso em 20 jan. 2017.

FISS, Owen M. **Against settlement**. Yale Lj, v. 93, 1983.

GABBAY, Daniela Monteiro. **Mediação & Judiciário no Brasil e nos EUA**; Brasília, Gazeta Jurídica, 2013.

GARCEZ, José Maria Rossani. **Negociação, ADRS, Mediação, Conciliação e Arbitragem**. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2004, 2ª Ed.

GONÇALVES, Vinícius José Corrêa. **Tribunais Multiportas**: em busca de novos caminhos para a efetivação dos direitos fundamentais de acesso à justiça e à razoável duração dos processos. Tese de Mestrado, UENP, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini; DE ARAÚJO CINTRA, Antônio Carlos; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. Malheiros Ed., 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os fundamentos da justiça conciliativa**. Revista da Escola Nacional da Magistratura, v. 2, n. 5, abr. 2008. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/21448/fundamentos_justica_conciliativa.pdf> Acesso em 17 set. 2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro, Editora Forense, 1998, 2ª edição.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de Direito**. São Paulo, Editora RT, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Abuso de defesa e parte incontroversa da demanda**. São Paulo, Editora Revista dos tribunais, 2007.

MASCARENHAS, Ana Carolina Fernandes. **Autonomia privada e autocomposição extrajudicial de litígios**. Programa de Pós-Graduação em direito da UFBA, 2009. Disponível em: <<https://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/10785>> Acesso em 25 jun. 2017.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio Cruz. **Novo Curso de Processo Civil**. São Paulo, Editora RT, 2016.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Temas de direito processual**. São Paula, Editora Saraiva, 3ª Edição, 1984.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na constituição federal**. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2004, 8ª Edição.

NETO, Adolfo Braga. **Mediação de Conflitos: Princípios e Norteadores**. Revista da Faculdade de Direito UniRitter, Porto Alegre, n. 11, p. 29-46, 2010.

Organização das Nações Unidas (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm> Acesso em 10 fev. 2017.

Organização dos Estados Americanos (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos** (Pacto de San José de Costa Rica). Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em 10 fev. 2017.

OTEIZA, Eduardo. **ADR methods and the diversity of cultures: the latin american case**. In Jeuland, Emmanuel; CLAY, Thomas (Orgs.). *Médiation & Arbitrage: alternative dispute resolution*.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina. **O novo CPC e a mediação: reflexões e ponderações**. Revista de informação legislativa, v. 48, n. 190, p. 219-235, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/242895>> Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. **O marco legal da mediação no direito brasileiro**. Disponível em: <http://www.academia.edu/9192642/O_Marco_Legal_da_Media%C3%A7%C3%A3o_no_Brqsil> Acesso em 25 jul. 2017.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. **Acesso à justiça no direito processual brasileiro**. São Paulo, Editora Acadêmica, 1994.

SADEK, Maria Tereza (Org.). **Acesso à Justiça**. São Paulo, Fundação Konrad Adenauer, 2001.

SALES, Lilia Maia de Moraes; SOUSA, Mariana Almeida. **O sistema de Múltiplas portas e o Judiciário brasileiro**. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, ano 5, nº 16, p. 204-220, jul./set. 2011.

SALES, Lilia Maia de Moraes (Org.). **Estudos sobre a efetivação do direito na atualidade: a cidadania em debate**. A mediação de conflitos. Universidade de Fortaleza - UNIFOR, v. 4. 2005.

SCHRODER, Letícia de Mattos; PAGLIONE, Gabriela Bonini. **Resolução 125 do CNJ e os novos rumos da conciliação e mediação**: será, enfim, a vez da efetividade da prestação jurisdicional? Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?%20cod=18a411989b47ed75>> Acesso em 05 jul. 2017.

SENADO NOTÍCIAS. **Requisitos para a concessão da gratuidade da justiça serão analisados pela CCJ**. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2017/07/24/requisitos-para-concessao-da-gratuidade-de-justica-serao-analisados-pela-ccj>> Acesso em 05 out. 2017.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis de (Orgs). **Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica**. São Paulo, Boreal Editora, 2012.

SOUZA, Luciane Moessa. Mediação de conflitos e o novo código de processo civil. In SPENGLER, Fabiana Marion; BEDIN, Gilmar Antônio (Org.). **Acesso à Justiça, direitos humanos e mediação**, Curitiba, Multideia, 2013.

_____. Mediação, acesso à justiça e desenvolvimento institucional: análise histórico-crítica da legislação brasileira sobre mediação. In SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul, Editora Essere nel Mondo, 2015, 2ª Edição.

_____. Mediação de conflitos envolvendo entes públicos. In SOUZA, Luciane Moessa (Coord.). **Mediação de conflitos: novo paradigma de acesso à justiça**. Santa Cruz do Sul, Editora Essere nel Mondo, 2015, 2ª Edição.

SPENGLER, Fabiana Marion. **A crise do estado e a crise da jurisdição: (in) eficiência face à conflituosidade social**, Revista Brasileira de Direito, IMED, Vol. 7, nº 1, jan-jun 2011.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional: insuficiência das reformas das leis processuais**. Academia Brasileira de Direito Processual Civil, Belo Horizonte, 2004. Disponível em: <<http://abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>> Acesso em 30 jun. 2017.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. insuficiência da reforma das leis processuais**. Disponível em: <<http://abdpc.org.br/artigos/artigo51.htm>>. Acesso em 13 mar 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. São Paulo, Ed. Método, 2016, 3ª Edição.

_____. **Mediação no novo CPC: questionamentos reflexivos**. Disponível em: <<http://www.fernandatartuce.com.br/wp-content/uploads/2016/02/Media%C3%A7%C3%A3o-no-novo-CPC-Tartuce.pdf>> Acesso em 12 jul. 2017.

VENTURI, Elton. **Transação de direitos indisponíveis?**. Disponível em: <http://www.academia.edu/31945966/TRANSA%C3%87%C3%83O_DE_DIREITOS_INDISPON%C3%8DVEIS> Acesso em 02 out. 2017.

WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e meios consensuais de solução de conflitos. In ALMEIDA, Rafael; ALMEIDA, Tânia. CRESPO, Mariana (Orgs.), **Tribunal Multiportas**: investindo no capital social para maximizar o sistema de solução de conflitos no Brasil. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2012.